أحكام الذميين والمستأمنين
في دار الإسلام

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

الأستاذ بجامعة بغداد - كلية الآداب

مكتبة القدس

مؤسسة الرسالة

حقوق الطبع والتأليف محفوظة للمؤلف

١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م



مؤسسة الرسالة بيروت – شارع سوريا – بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ – ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً: بيوشران

مكتبة القدس: شارع المتنبي – هاتف: ٨٠٥٧٦
ص.ب: ١١٣٩٦ – بغداد – العراق

❁ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ
شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ، وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ
شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ، اعْدِلُوا هُوَ
أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ، وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ
خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ❁

« قرآن كريم »

هذا الكتاب رسالة دكتوراه تقدم بها صاحبها الى كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٦٢ وبعد مناقشتها نال صاحبها درجة دكتور في الحقوق (في الشريعة الاسلامية) بمرتبة الشرف الاولى ٠ وهذه طبعتها الثانية دون زيادة ولا تنقيص ولا تشذيب ٠

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

ـ الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

فان المجتمع الاسلامي لم يخل قط من غير المسلمين في أي عصر من العصور . ولا عجب في هـذا ، فان الاسلام لا يكره النـاس حتى يكونوا مسلمين .. ولا يمنع المسلمين من العيش مع مخالفيهم فـي العقيدة والدين ، فهم جميعا عباد الله ، وليس من لوازم الايمان بهـذا الدين القطيعة مع غير المسلمين ورفض العيش المشترك معهم في ظل دولة الاسـلام ..

واذا كان هذا هو الذي وقع ، وقد كان مسبوقا في علم الله أنـه سيقع ، فان الشارع لم يغفل عن تنظيم علاقات غير المسلمين فـي دار الاسلام سواء أكانت هذه العلاقات مع المسلمين أو فيما بينهم خاصة .. وهكذا كان غير المسلمين محل نظر الشارع وهو يشرع الاحكام وينظم امور المسلمين .. وجاء الفقهاء فتناولوا هذا الموضوع ، فمنهم المقـل فيه ومنهم المكثر ، وجاءت كتاباتهم منثورة في أبواب الفقـه المختلفة ، ولم يؤلف واحد منهم ـ على ما أعلم ـ كتابا جامعا في هذا الباب ...

ومن أجل هذا ، رغبت في أن اجعل موضوع رسالتي في « أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام » ..

والحقيقة أن هذا الموضوع يستحق بذل الجهد المستطاع لتجليته وتبيينه للناس ، فان الشريعة الاسلامية اذا كانت بالنسبة للمسلمين دينا وقانونا ، فهي بالنسبة لغير المسلمين قانون ما داموا يعيشون فـي دار الاسلام .. فمن الخير لهؤلاء أن يحيطوا بهذه الاحكام فيعرفوا هـذا الجانب من جوانب التشريع الاسلامي .

وهذا الموضوع ، على أهميته ، واسع مترامي الاطراف . وقد أشار علي سيادة المشرف على الرسالة ، استاذنا الجليل محمد سلام مدكور ، أن أتناول جانبا منه ، الا اني كنت مدفوعا برغبة شديدة في بحث هذا الموضوع ، وقدرت في نفسي ان ابراز صورة واضحة لمركز غير المسلم في دار الاسلام يستدعي تناول هذا الموضوع من جميع جوانبه ، ولهذا فقد رجوت سيادته أن يكون الموضوع برمته موضوعا لرسالتي هذه ، وألححت عليه في الرجاء حتى قبل مشكورا .

٢ — وقد التزمت في بحثي ان أكون وراء الشريعة دائما ، استخلص أحكامها كما هي ، فلا أطوعها لما تهوي نفسي ، ولا أحملها ما لا تحتمل ، ولا أقولها ما لم تقل .. ذلك لاني أعتقد أن الكتابة في الشريعة الاسلامية دين يحاسب عليه الانسان ، وإخبار عن شرع الله لا يجوز فيه التبديل والتحريف ، فضلا عن أن الامانة في البحث تقتضي أن يكون الباحث بمعزل عن هواه .

وقد ذكرت ، في المسائل التي بحثتها ، أقوال المجتهدين التي وقفت عليها ، لان أقوالهم — فيما عدا المستندة الى اجماع أو نصوص قطعية الثبوت والدلالة — تعتبر بحق من وجوه تفسير النصوص وفهم الشريعة واستنباط الاحكام من أدلتها ، فهي، لهذا ، تدخل في دائرة الاجتهاد السائغ المقبول الذي يجوز الاحتجاج به ، كما يجوز فيه الترجيح عند الاختلاف . ولهذا رجحت من أقوالهم ما بدا لي أنه هو الراجح ، وما لم يظهر لي رجحانه سكت وحكيت الخلاف وذكرت الاقوال ، اذ ما ينبغي الترجيح بلا دليل أو برهان . وقد أبديت رأيي في بعض المسائل الجديدة التي لها صلة في بحثي .

هذا هو نهجي في البحث ، فان وفقت فيه الى الصواب ، فهذا ما كنت أبغي ، وهو محض فضل الله علي ، وان اخطأت فحسبي انني كنت حريصا على أن لا أقع في الخطأ .. واني لارجو — على كل حال — أن لا يفوتني الاجر ، فقد قال نبينا الكريم صلى الله عليه وسلم : « اذا

اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وان اجتهد فأخطأ فله أجر » [١] .

وقد رأيت من المفيد مقارنة الاحكام الفقهية ، التي استخلصتها على الوجه المذكور ، بما هو مطبق في الوقت الحاضر في البلاد الاسلامية .
وقد اخترت لهذه المقارنة الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العراقية والمملكة العربية السعودية . ووجه هذا الاختيار هو أن العربية المتحدة والعراق تطبق فيهما القوانين الوضعية الى جانب بعض الاحكام الشرعية ، فهما تصلحان مثلا للبلاد الاسلامية التي تنهج هذا النهج في تطبيق القوانين . والعربية السعودية تطبق الشريعة الاسلامية ، فهي ، لهذا، مثال للدول الاسلامية التي تنهج هذا النهج . وحيث ان السعودية تطبق الشريعة وفقا للمذهب الحنبلي ، فقد رأيت الاكتفاء ببيان رأي هذا المذهب دون ان أذكر دائما، عند المقارنة، ان هذا هو المطبق في السعودية خوفا من التكرار الممل ، الا اني ذكرت التقنينات الحديثة المطبقة فيها حديثا .

٣ — وقد جعلت أبحاث الرسالة في باب تمهيدي وقسمين وخاتمة .

أما الباب التمهيدي فقد تناولت فيه نظرة الشريعة الاسلامية الى العالم وتقسيم البشر وديارهم على أساس العقيدة الاسلامية ، فالناس أحد اثنين : مسلم وغير مسلم . والديار : دار اسلام ودار حرب . وغير المسلمين أصناف شتى ، وقد يكونون في دار الاسلام على أساس عقد الذمة أو الامان الموقت . ولهذا فقد بينت من هم الذميون ، ومن هم المستأمنون ، وما هي شروط عقد الذمة والامان الموقت وما يتعلق بذلك . ثم ختمت هذا الباب ببيان المركز القانوني للذميين والمستأمنين من جهة تمتعهم بجنسية دار الاسلام أو عدم تمتعهم بها .

أما القسم الاول من الرسالة فقد جعلته للكلام عن أحكام الذميين والمستأمنين في علاقاتهم مع الدولة الاسلامية . وقسمته الى بابين :

الباب الاول للكلام عن حقوقهم وواجباتهم ، فبينت القاعدة العامة

---

(١) اخرجه الشيخان وابو داود : تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول تأليف ابن الديبع الشيباني ج٤ ص ٥٣ .

في تمتعهم بالحقوق والواجبات • ثم تكلمت عن انواع هـذه الحقوق التي يتمتعون بها في دار الاسلام ، والواجبات التي يلتزمون بها نحو الدولة •

أما الباب الثاني فقد خصصته للكلام عن جرائمهم ، سواء أكانت ضد أمن الدولة وسلامتها أم كانت ضد الاشخاص والاموال • كما بينت عقوبات المسلمين بسبب جرائمهم ضد الذميين والمستأمنين •

والقسم الثاني من الرسالة ، تكلمت فيه عن أحكامهم في علاقاتهم مع الافراد سواء أكانت علاقات أحوال شخصية أم علاقات مالية • ولما كانت هذه العلاقات ، وما ينتج عنها من حقوق والتزامات ، لابد لها من حماية من جانب القضاء فقد تكلمت عن مدى ولاية القضاء العامة على علاقاتهم القانونية والقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة • ولهذا فقد جعلت هذا القسم ثلاثة ابواب :

الباب الاول في مسائل أحوالهم الشخصية •

الباب الثاني في معاملاتهم المالية •

الباب الثالث في ولاية القضاء العامة على قضاياهم وما يتعلق بهذا الموضوع •

أما الخاتمة فقد ذكرت فيها بعض مزايا الشريعة الاسلامية مع خلاصة ما مر من أبحاث ونتائج توصلت اليها أو ظهرت لي أثناء البحث •

وان أنس لا أنسى فضل سيادة المشرف على هذه الرسالة استاذنا الجليل محمد سلام مدكور فقد كان لسيادته فضل كبير في اتمامها واخراجها للناس بما بذله من وقت كثير في مراجعة فصولها ، وبما أبداه من توجيهات كريمة وملاحظات قيمة منذ اعدادي خطة البحث حتى الفراغ من كتابتها ، فجزاه الله خير جزاء •

وأخيرا فاني أرجو ان اكون بهذه الرسالة قد أسهمت مع العاملين في خدمة الشريعة الاسلامية ونشر مفاهيمها وتبيين أحكامها ، والله من وراء القصد وهو خير معين •

الباب التمهيدي

٤ ـ ويتكون من ثلاثة فصول :

الفصل الأول

في نظرة الشريعة الاسلامية الى العالم وتقسيمها للبشر وديارهم على أساس العقيدة الاسلامية فقط وما يتعلق بهذا الموضوع .

الفصل الثاني

في التعريف بالذميين والمستأمنين وما به يصير غير المسلم ذميا أو مستأمنا وما يتعلق بهذا الموضوع.

الفصل الثالث

في بيان المركز القانوني للذميين والمستأمنين من جهة تمتعهم بجنسية دار الاسلام أو عدم تمتعهم بها .

الفصل الأول

نظرة الشريعة الإسلامية إلى العالم

اولا ـ تقسيم البشر على اساس العقيدة :

٥ ـ بعث الله تعالى نبيه محمدا صلى الله عليه وسلم رسولا الى جميع البشر ، قال تعالى « قل يا أيها الناس اني رسول الله اليكم جميعا » [١]. وقال تعالى « وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا » [٢]. فرسالته صلى الله عليه وسلم عامة الى جميع البشر مهما اختلفت أقطارهم وتناءت ديارهم [٣]. وكما أن رسالته صلى الله عليه وسلم عامة في المكان فهي أيضا عامة في الزمان لان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم خاتم النبيين والمرسلين قال تعالى « ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شيء عليما » [٤]. فالشريعة الاسلامية اذن عامة في المكان والزمان .

فمن استجاب لدعوة الاسلام وآمن برسالة محمد صلى الله عليه وسلم فهو المسلم ، ومن لم يستجب لها ولم يؤمن برسالته صلى الله عليه وسلم فهو غير المسلم . وهكذا ينقسم البشر في نظر الشريعة الاسلامية الى فريقين كبيرين ، فريق المسلمين ، وفريق غير المسلمين . فالشريعة الاسلامية تقسم البشر على أساس قبولهم الاسلام أو رفضه بغض النظر عن أي اختلاف فيما بينهم من حيث الجنس أو اللون أو اللغة أو الاقليم أو أي اختلاف آخر . ودليل هذا ما جاء في القرآن الكريم في آيات

(١) سورة الاعراف ج٩ ، الآية ١٥٨ .
(٢) سورة سبأ ج٢٢ الآية ٢٨ .
(٣) ولهذا كتب الرسول (ص) الى هرقل وكسرى والمقوقس وغيرهم من الملوك والحكام والامراء يدعوهم الى الاسلام : تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور : ص ٢٢ .
(٤) سورة الاحزاب ج٢٢ ، الآية ٤٠ .

كثيرة، منها، قوله تعالى : « فاما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فيدخلهم ربهم في رحمته ذلك هو الفوز المبين • وأما الذين كفروا أفلم تكن آياتي تتلى عليكم فاستكبرتم وكنتم قوما مجرمين » (١)• وقوله تعالى : « الذين كفروا وصدوا عن سبيل الله أضل أعمالهم • والذين آمنوا وعملوا الصالحات وآمنوا بما نُزِّل على محمد وهو الحق من ربهم كفّر عنهم سيئاتهم وأصلح بالهم » (٢)•

« هو الذي خلقكم فمنكم كافر ومنكم مؤمن والله بما تعملون بصير » (٣)•

فهذه الآيات الكريمة وغيرها تنطق بكل وضوح ان الناس احد اثنين : اما مؤمن برسالة الاسلام ، وهو المسلم ، واما كافر بها ، وهو غير المسلم •

وتقسيم البشر على أساس العقيدة الاسلامية ، في نظر الشريعة الاسلامية ، ليس بالامر النظري الذي لا أثر له في الحياة ، بل انه تقسيم بالغ الاهمية تترتب عليه نتائج خطيرة في الدنيا والآخرة ، اذ على أساس هذا التقسيم يتحدد مركز الفرد في الدولة الاسلامية ، فضلا عن مركزه في الآخرة وما يترتب عليه من جزاء •

ثانيا — أصناف غير المسلمين :

٦— غير المسلمين أصناف كثيرة، وهؤلاء على اختلاف أصنافهم يجمعهم جامع عدم الدخول في الاسلام ، وان كان لكل صنف منهم اسم خاص • ونذكر فيما يلي بعض أصنافهم •

٧ — أ — أهل الكتاب :

الكتابي عند الاحناف ، كل من اعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كالتوراة والانجيل وصحف ابراهيم وشيث وزبور داود ، فلا يقتصر أهل الكتاب على اليهود والنصارى فقط بل يشمل غيرهم من أصحاب

(١) سورة الجاثية ج٢٥ ، الآيتان ٣٠ — ٣١ •
(٢) سورة محمد ج٢٦ ، الآيتان ١ — ٢ •
(٣) سورة التغابن ، ج٢٨ ، الآية ٢ •

الكتب السماوية المنزلة [١].

وقال غير الاحناف ، كالحنابلة والشافعية ، أهل الكتاب هم اليهود والنصارى دون غيرهم كأصحاب صحف ابراهيم وشيت وزبور داود ، لان قوله تعالى « أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » [٢] يدل على ان أهل الكتاب هم اليهود والنصارى دون غيرهم ، ولان تلك الصحف كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها فلا يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام [٣].

والقول الثاني هو الراجح ، لان القرآن الكريم أطلق اسم « أهل الكتاب » على اليهود والنصارى دون غيرهم ، فهو خاص بهم [٤]. كما ان آية « أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » صريحة في ان أهل الكتاب في عرف القرآن هم اليهود والنصارى دون غيرهم ، وهذا ما صرح به الامام الجصاص الحنفي [٥].

وقد جاء ذكر اليهود والنصارى في القرآن الكريم في آيات كثيرة ، كما جاء ذكرهم باسم أهل الكتاب ، قال تعالى : « ان الذين آمنوا والذين هادوا والنصارى والصابئين من آمن بالله واليوم الآخر وعمل

---

(١) الدر المختار ج٣ ص ٣٧٠ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج٢ ص ١١٠ ، الفتاوي الهندية ج١ ص ٢٨١ . والمنزل على ابراهيم عليه السلام (١٠) صحائف . وعلى شيت (١٥٠) صحيفة : الكامل في التاريخ لابن الاثير ج١ ص ٢٩، ٧٠ . أما الزبور فقد انزله الله تعالى على داود عليه السلام وهو عبارة عن قصائد وأناشيد تتضمن تسبيح الله وحمده والثناء عليه والتضرع له : كتاب قصص الانبياء للمرحوم عبد الوهاب النجار ص ٣٠٧ وما بعدها .

(٢) سورة الانعام ج٨ الآية ١٥٦ .

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج٦ ص ٥٩٠ — ٥٩١، وج٨ ص ٤٩٦ — ٤٩٧ ، والمهذب للشيرازي ج٢ ص ٤٧ .

(٤) تفسير المنار للمرحوم محمد رشيد رضا ج٦ ص ١٩٠ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٣٢٧، و ج٣ ص ٩١ . والامام الجصاص هو احمد بن علي ابو بكر الرازي الفقيه الحنفي المشهور ، ولد سنة ٣٠٥ هـ ، وسكن بغداد وعنه اخذ فقهاؤها واليه انتهت رئاسة الحنفية وتوفي سنة (٣٧٠) هـ : الجواهر المضية في طبقات الحنفية تأليف ابي الوفاء القرشي الحنفي المصري ج١ ص ٨٤—٨٥ .

صالحا فلهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون » [١].
وقال تعالى : « قل يا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد الا الله ولا نشرك به شيئا .. الخ » [٢].

٨ ـ ب ـ الصابئة :

وقد اختلف فيهم الفقهاء . فروى عن أبي حنيفة [٣] أنهم أهل كتاب . وقال أبو يوسف ومحمد [٤]، ليسوا من أهل الكتاب . وكان أبو الحسن الكرخي [٥] يقول : الصابئون الذين هم عند أبي حنيفة من أهل الكتاب انما هم قوم ينتحلون دين المسيح ويقرأون الانجيل ، وأما الصابئون الذين يعبدون الكواكب فانهم ليسوا بأهل كتاب عندهم جميعا [٦]. وروى عن أحمد بن حنبل أنهم جنس من النصارى [٧]،

(١) سورة البقرة ج١ ، الآية ٦٢ . والمقصود بايمان اليهود والنصارى والصابئين تصديقهم بمحمد صلى الله عليه وسلم وما جاء به . وهذا ما رجحه الامام الطبري في تفسيره ، وذكر وجها آخر في معنى ايمانهم ، هو ايمانهم بأنبياء زمانهم وشرائعهم : تفسير الطبري ج١ ص ٢٢٠ وما بعدها .

(٢) سورة آل عمران ج٣ ، الآية : ٦٤ .

(٣) الامام أبو حنيفة ، أشهر من أن يعرف ، فهو الامام النعمان بن ثابت الكوفي صاحب المذهب الحنفي ولد سنة (٨٠) هـ ومات ببغداد سنة (١٥٠) هـ . قال فيه الشافعي : من اراد أن يتبحر في الفقه فهو عيال على أبي حنيفة : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٦٧ وانظر ترجمته كاملة في كتاب « أبو حنيفة » لاستاذنا محمد أبو زهرة .

(٤) أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة ، وابو يوسف هو يعقوب بن ابراهيم الانصاري ولد سنة ١١٣ هـ ومات ببغداد سنة ١٨٢ هـ وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الراي واخذ الفقه عن ابن أبي ليلى ثم عن أبي حنيفة وولى القضاء لهارون الرشيد . أما محمد فهو الامام محمد بن الحسن الشيباني ، صحب ابا حنيفة واخذ عنه الفقه ثم عن أبي يوسف وصنف الكتب ونشر فقه أبي حنيفة ولد سنة ١٢٩ هـ وتوفي سنة ١٨٧ هـ : الجواهر المضية ج٢ ص ٤٢ ، ٤٤ ، ٢٢٠ .

(٥) ابو الحسن الكرخي هو عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الامام الحنفي الكبير : الجواهر المضية ج٢ ص ٣٤٠ .

(٦) احكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٣٢٨ .

(٧) هو امام أهل السنة وصاحب المذهب الحنبلي ومن ائمة الحديث ولد سنة ١٦٤ هـ ومات سنة ٢٤١ هـ : طبقات الحنابلة للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ج١ ص ٤ وما بعدها .

كمـا روي عنه أنهـم من اليهود . وقال ابن قدامة الحنبلي (١): ينظر فيهم ، فان كانوا يوافقون أحد أهل الكتابين في نبيهم وكتابهم فهم منهم، والا فليسوا من أهل الكتاب (٢).

وروي عـن الحسن البصري (٣) أنهـم بمنزلة المجوس ، وعـن الاوزاعي (٤) ومالك (٥) أنهم قوم من المشركين بين اليهود والنصارى ليس لهم كتاب (٦).

والظاهر ان الفقهاء اختلفوا في أمر الصابئة لخفاء حقيقتهم وعـدم وضوح دياناتهم ، فقال كل فقيه فيهم بناء على ما ظهر له من أمرهم أو بناء على ما ظنه فيهم .

وفي العراق ، في الوقت الحاضر ، أقلية من الصابئة ، وهم يعتقدون بالخالق عز وجل ويؤمنون باليوم الآخر ويدّعون أنهم يتبعون تعـاليم آدم عليه السلام وان نبيهم يحي جاء لينقي دين آدم مما علق به، وعندهم كتـاب يسمونه « الكانزابرا » أي صحف آدم . ومن عباداتهم الصلاة

(١) هو عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي ولد سنة ٥٤١ هـ وتوفي سنة ٦٢٠ هـ . وكان امام الحنابلة في زمانه وله تصانيف كثيرة في الفقه وغيره مثل المغنى في الفقه ، والمقنع في الفقه ، ومختصر العلل في الحديث وغيرها : الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب ج١ ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) المغني لابن قدامة ج٨ ص ٤٩٦ — ٤٩٧ .

(٣) هو الحسن بن يسار البصري من فقهاء التابعين وشيخ اهل البصرة توفي سـنة ١١٠ هـ : حسن الاثر في التعريف برجـال الاثر تأليف المرحوم امين سرور ، ص ٥٨ .

(٤) الاوزاعي هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الشامي الدمشقي ، كان امام أهل الشام في عصره بلا نزاع ، وكان أهـل الشام والمغرب على مذهبه قبل انتقالهم الى مذهب مالك . ولد سنة ٨٨ هـ ومات سنة ١٥٧ هـ في بيروت، وكان قد نزل بها مرابطا في أواخر عمره : الحديث والمحدثون تأليف محمد محمد ابو زهو ، الطبعة الاولى، ص ١٣٢ .

(٥) هو الامام مالك بن انس صاحب المذهب المالكي ولد سنة ٩٣ هـ وتوفي سنة ١٧٩ هـ، ومن كتبه «الموطأ» وهو كتاب فقـه وحديث : انظر ترجمته في كتاب الديباج المذهب للفقيه المالكي ابن فرحون ص ١٧ وما بعدها، وكتاب مالك لاستاذنا محمد ابو زهرة ص١٤ وما بعدها.

(٦) احكام القرآن للجصاص ج٣ ص ٩١ .

وتقتصر على الوقوف والركوع والجلوس علــى الارض دون سجود ، ويؤدونها في اليوم ثلاث مرات : قبل طلوع الشمس وعند زوالها وقبيل غروبها ويتوجهون في صلاتهم الى النجم القطبي [١]. فهم ، وهــذا هو اعتقادهم ، يمكن اعتبارهم من أهل الكتاب على مقتضى المذهب الحنفي في أهل الكتاب .

٩ ـ المجــوس :

والمجوس يعظمون الانوار والنيران ويدعون نبوة زرادشت . وهم فرق شتى ، منهم المزدكية أصحاب مزدك ، وهؤلاء يرون الاشتراك في النساء والمكاسب كما يشترك الناس في الهواء والماء . ومنهم الخرمية أصحاب بابك الخرمي ، وهم شر طوائفهم لا يقرون بخالق ولا معاد ولا نبوة ولا حلال ولا حرام [٢].

والمجوس ليسوا مــن أهل الكتاب ، وعلى هــذا القول جماهير الفقهاء . وقال بعضهم أنهم من أهل الكتاب بحجة أنهم كانوا أهل كتاب يدرسونه ولكن رفع ونزع من صدورهم ، وهذا يروى عن علي بن أبي طالب [٣]. والصواب أنهم ليسوا من أهل الكتاب بدليل قوله تعــالى « أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » فلو كان المجوس من أهل الكتاب لكان أهل الكتاب ثلاث طوائف ، وهذا خلاف ما تدل عليه الآية الكريمة . كما ان قول النبي (ص) : « سنوا بهم سنة أهــل الكتاب » يدل على أنهم غيرهم ، لانه لو كانوا منهم لقال هم مــن أهل الكتــاب [٤].

---

(١) الضلبئة في حاضرهم وماضيهم للاستاذ عبد الرزاق الحسني ص ٤٣ وما بعدهــا .

(٢) اغاثــة اللهفــان لابن قيــم الجوزية والمشهور باسم ابن القيــم ج٢ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨ .

(٣) الجصاص ج٢ ص ٣٢٧ ، و ج٣ ص ٩٣ .

(٤) الجصاص ج٢ ص ٣٢٧ ، المغنــي ج٨ ص ٤٩٦ ـ ٤٩٨ . وحديث سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، رواه الشافعي ومالك : بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ج٢ ص ١٢٦ ، وموطأ مالك ج٢ ص ١٣٩ .

وفي ايران ، في الوقت الحاضر ، طائفة من المجوس يبلغ عددها المليون تقريبا . ويكثرون في مدينة « يزد » التي يعتبرونها بلدتهم المقدسة ، ولهم فيها وفي غيرها معابد نيران . ومن عقائدهم التناسخ وعبادة النار واباحة نكاح المحارم [١].

١٠ ـ د ـ الدهرية :

وهؤلاء ينكرون الخالق ويقولون لا اله ولا صانع للعالم ، وان هذه الاشياء وجدت بلا خالق [٢]. فهم قوم عطلوا المخلوقات عن خالقها ، وقالوا ما حكاه الله تعالى عنهم : « وقالوا ما هي الا حياتنا الدنيا نموت ونحيا وما يهلكنا الا الدهر » [٣]. وسموا بالدهرية لقولهم : وما يهلكنا الا الدهر [٤]. وللشيخ جمال الدين الافغاني رسالة في الرد عليهم كتبها جوابا على سؤال ورد اليه من الهند بشأنهم [٥].

١١ ـ هـ المشركون :

وهؤلاء يقرون بربوبية الله تعالى ولكنهم لا يفردونه بالعبادة بل يشركون معه غيره ، كعبدة الاوثان من العرب [٦]، وعبدة الشمس والملائكة [٧]، ومن يعبد ما يستحسنه [٨].

---

(١) من رسالة خطية للشيخ محمد مهدي الخالصي مؤرخة في ١٧ ذي القعدة سنة ١٣٨٠ هـ، موجهة لي جوابا على اسئلتي له حول المجوس في ايران . والشيخ الخالصي من مجتهدي الجعفرية في العراق في الوقت الحاضر . ويسكن « الكاظمية » وله فيها مدرسة علمية هي « جامعة مدينة العلم » .

(٢) تلبيس ابليس لابن الجوزي ص ٤٤ .

(٣) اغاثة اللهفان لابن القيم ج٢ ص ٢٥٥، والآية في سورة الجاثية ج ٢٥، الآية ٢٤ .

(٤) الدر المختار ورد المحتار ج٣ ص ٣٩٥ .

(٥) كتاب ، جمال الدين الافغاني باعث النهضة الفكرية في الشرق، تاليف استاذنا محمد سلام مدكور ص ١١٨ وما بعدها .

(٦) رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ٣٩٦ .

(٧) مغني المحتاج في فقه الشافعية ج٤ ص ٢٤٤ .

(٨) المغني ج٧ ص ٧٩٦ .

١٢ ــ و ــ منكرو بعثة الرسل :

وهؤلاء يؤمنون بالله ولكنهم ينكرون بعثة الرسل فلا يؤمنون بنبي ولا رسول كفريق من الفلاسفة [١].

١٣ ــ ز ــ المرتــدون :

والمرتد لغــة الراجع مطلقا ، وشرعا الراجع عن دين الاسلام [٢].

والردة قد تكــون باللفظ بان يجري المسلم باختياره كلمة الكفر علــى لسانه . ويشترط لوقوع الردة وصيرورة الشخص مرتداً العقل والطوع والاختيار، فلا تعتبر ردة المجنون ولا الصبي الذي لا يعقل ولا السكران الذاهب العقل ولا المكره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان . وليست الذكورة شرطا لوقوع الردة، وكذا البلوغ عند الاحناف خلافا لغيرهم، كالحنابلة، اذ عندهم البلوغ شرط لاعتبار الردة [٣].

والردة كمــا تكون بالالفاظ ، تكون أيضــا بالافعال ، بان يأتي المسلم فعلا يدل علــى استخفافه بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا [٤]، والقاء القرآن الكريم في قذر عمدا [٥].

وحكم المرتد امهاله ثلاثة أيام وعرض الاسلام عليه لعله يرجــع عن ردته . وعند الاحناف الامهال غير واجب بل مستحب ، فاذا رجــع المرتد الى الاسلام فبها والا قتل . ولا فرق في هــذا الحكم بين الرجل والمرأة ، وعند الاحناف المرأة تجبر على الاسلام ولا تقتل [٦].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ج٣ ص ٣٩٦ .

(٢) رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ٣٩١ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص ١٣٤، رد المحتار ج٣ ص٣٩٣-٣٩٤، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٥٣ ، المغني ج٨ ص ١٢٣ .

(٤) رد المحتــار ج٣ ص ٣٩٢ .

(٥) شرح الخرشي في فقه المالكية ج٨ ص ٦٢، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي، في فقه الشافعية، ج١٤ ص ١٧٧ ، شرح الازهار في فقــه الزيدية ج٤ ص ٥٧٦ ــ ٥٧٧، شرح النيل في فقــه الاباضية ج ١٠ ص ٤٢٥ .

(٦) الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٥٧، المغني ج٨ ص ١٢٣ ــ ١٢٥ . ويلاحظ ان غير المسلم لا يحمل على الرجوع الى دينه اذا تحول عنه : شرح الخرشي ج٨ ص ٦٩، رد المحتار ج٣ ص ٣٩٤ .

ثالثا ـ دار الاسلام ودار الحرب

١٤ ـ يقسم فقهاء المسلمين العالم الى دارين [١] : دار الاسلام ، ودار الحرب • أما دار الاسلام ، فقد عرفها الفقهاء بتعاريف مختلفة ، منها ما قاله الامام السرخسي [٢] : « دار الاسلام اسم للموضع الذي يكون تحت يد المسلمين ، وعلامة ذلك أن يأمن فيه المسلمون » [٣]• وعرفها المرحوم عبد الوهاب خلاف « بأنها الدار التي تجري عليها أحكام الاسلام ويأمن من فيها بأمان المسلمين سواء أكانوا مسلمين أو ذميين » [٤]•

والواقع أن لا اختلاف بين التعريفين ، لان البلاد التي تكون تحت يد المسلمين ، تجري فيها أحكام الاسلام ، لان المسلمين لا يجرون غير هذه الاحكام • كما أن التعريف الثاني ، وان لم يذكر صراحة أن الدار تحت يد المسلمين ، الا أن هذا الامر مفهوم بداهة ويتضمنه التعريف ما دامت أحكام الاسلام هي النافذة والامان حاصل لمن فيها •

فالشرط الجوهري لاعتبار الدار دار اسلام هو كونها محكومة من قبل المسلمين وتحت سيادتهم وسلطانهم ، فتظهر عند ذاك أحكام الاسلام • وليس من شرط هذه الدار أن يكون فيها مسلمون ما دامت تحت سلطانهم • وفي هذا يقول الامام الرافعي : « ليس من شرط دار

---

(١) يذكر بعض الفقهاء الى جانب هاتين الدارين ، دار العهد . وهي في الحقيقة من دار الاسلام . ويراد بهذه التسمية الدار التي دخلت في سلطان المسلمين وانضمت الى دار الاسلام بصلح لا بفتح وعنوة : الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٣٣ ، ١٥١ ، ١٦٦ .

(٢) السرخسي هو الامام الكبير محمد بن احمد بن أبي سهل ابو بكر السرخسي نسبة الى مدينة سرخس . أملى كتابه المبسوط وهو في السجن . توفي سنة ٤٩٠ هـ : الجواهر المضية ج٢ ص ٢٨، ٢٩ .

(٣) شرح السير الكبير للسرخسي ج٣ ص ٨١، وعند الزيدية دار الاسلام هي التي تظهر فيها شعائر الاسلام بقوة المسلمين ومنعتهم ، ولا يظهر فيها غيرها الا بالذمة والامان من المسلمين : شرح الأزهار ج٥ ص ٥٧١ ـ ٥٧٢ .

(٤) السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص ٦٩ . وقريبا من هذا التعريف تعريف الاباضية : انظر شرح النيل ج ١٠ ص ٤٠٥ .

الاســلام أن يكون فيهــا مسلمون بل يكفي كونها فــي يد الامــام واسلامه » [١].

١٥ ــ وبلاد الاسلام كلها تعتبر دارا واحدة ولو اختلف حكامها وصارت دولا شتى لنفوذ حكم الاسلام فيها ، لان هذه الفرقة لا تقضي على نفوذ حكم الاسلام فيها جميعا [٢].

والاصل في أهل دار الاسلام أن يكونوا مسلمين، ولكن قد يكون من سكانها غير المسلمين وهم الذميون .

ولاهل دار الاسلام ، سواء منهم المسلمون والذميون ، العصمة في أنفسهم وأموالهم ، المسلمون بسبب اسلامهم ، والذميون بسبب ذمتهم، فهم جميعا آمنون بامان الاسلام، أي بأمان أقره الشرع بسبب الاسلام بالنسبة للمسلمين ، وبسبب عقد الذمة بالنسبة للذميين .

١٦ ــ دار الحرب :

وهي الدار التي لا سلطان للمسلمين عليها ، وفي هذا يقول الزيدية : « واعلم ان دار الحرب هي الدار التي شوكتها لاهل الكفر ولا ذمة من المسلمين عليهم » [٣] .

ومن الواضح أن هذه الدار لا تطبق فيها أحكام الاسلام ، لان حكامها غير مسلمين ، وبهذا صرح الاباضية [٤].

وعرف بعض الفقهاء المحدثين هــذه الدار بقوله « هي الدار التي لا تجري فيهــا أحكام الاسلام ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين » [٥]. أو هي الدار « التي لا سلطان للاسلام عليها ولا نفوذ لاحكامه فيها بقوة

---

(١) فتح العزيز ج٨ ص ١٤ .
(٢) المواريث علما وعملا ، للمرحوم احمد ابراهيم ص ٨٥ ، الوصايا فــي الفقه الاسلامي لاستاذنا سلام مدكور ص ٥٤ .
(٣) شرح الازهار ج٤ ص ٥٥١ .
(٤) شــرح النيل ج ١٠ ص ٣٩٥ : هي ــ أي دار الحرب ــ التي أمرها للمشرك يجري فيها الاحكام الشركية .
(٥) السياسة الشرعية ، للمرحوم خلاف ، ص ٦٩ .

الاسلام ومنعتـه » (١). والواقع أن لا اختلاف بين هـذه التعاريف ، وانما ذكر في كل منها صفات يلزمها ما ذكر في التعاريف الاخرى كما يظهر باديء النظر .

وأهل دار الحرب هم الحربيون . والحربي لا عصمة له في نفسه ولا في ماله بالنسبة لاهل دار الاسلام، لان العصمة في الشريعة الاسلامية تكون بأحد أمرين : الايمان أو الامان . وليس للحربي واحد منهما .

رابعا ـ ما به تصير الدار دار اسلام أو دار حرب :

١٧ ـ قال الاحناف والزيدية : تصير دار الحرب دار اسلام باظهار أحكام الاسلام فيها (٢). وتصير دار الاسلام دار حرب ، عند أبـي حنيفة، بثلاثة شروط : (أولا) ظهور أحكام الكفر فيها . (ثانيا) أن تكون متصلة بدار الحرب بحيث لا يكون بينهما بلد من بلاد الاسلام . (ثالثا) أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمنا بالامان الاول (٣).

وعند أبـي يوسف ومحمد والزيدية تصير دار الاسلام دار حرب باظهار أحكام الكفر فيها (٤).

١٨ ـ هل تصير دار الاسلام دار حرب اذا استولت عليها دولة كافرة ؟

تعرض الامام الاسبيجابي (٥) لهـذه المسألة ، بعد اغارة التتار على البلاد الاسلامية واستيلائهم على أجزاء منها . والذي رآه الامام المذكور هو بقاء تلك البلاد المحتلة من قبل التتار ، من جملة بلاد الاسلام

---

(١) المواريث علما وعملا ، ص ٨٥ ، الوصايا في الفقه الاسلامي ص ٥٤ .

(٢) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٠٢، ٣٢٠، ٣٢٣، الكاساني ج٧ ص ١٣٠، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٣٢، شرح الازهار ج٢ ص ٥٧٢ .

(٣) الكاساني ج٧ ص ١٣٠، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٣٢ .

(٤) الكاساني ج٧ ص ١٣٠، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٣٢، شرح الازهار ج٢ ص ٥٧٢ .

(٥) الاسبيجابي هو بهاء الدين محمد بن احمد الاسبيجابي ، نسبة الى بلدة اسبيجاب من ثغور الترك ، وهو من ائمة الحنفية في القرن السابع الهجري : كتاب الفوائد البهية في تراجم الحنفية تأليف العلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي ، الطبعة الاولى سنة ١٣٢٤ هـ بمطبعة السعادة بمصر ، ص ٤٢، ١٠٨ .

لعدم اتصالها بدار الحرب ولان الكفرة لم يظهروا فيها أحكام الكفر ، فقد ظل القضاة من المسلمين ، ثم قال : وقد تقرر أن بقاء شيء من العلة يبقي الحكم ، وقد حكمنا بلا خلاف بأن هذه الديار قبل استيلاء التتار عليهـا كانت من ديار الاسلام ، وأنه بعد الاستيلاء عليها بقيت شعائر الاسلام ، كالآذان والجمع والجماعات وغيرها فتبقى دار اسلام . وقال الامـام الحلواني [١] انما تصير دار الاسلام دار حرب باجراء أحكـام الكفر فيها وألا يحكم فيها بحكم من أحكام الاسلام وأن تتصل بدار الحرب ، وألا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمنا بالامان الاول ، أي بأمان أثبته الشرع بالايمان أو بعقد الذمة ، فاذا وجدت الشرائط كلها صارت دار حرب ، وعند تعارض الدلائل أو الشرائط فانه يبقـى ما كان على ما كان أو يترجح جانب الاسلام احتياطا ، ألا يرى أن دار الحرب تصير دار اسلام بمجرد اجراء أحكام الاسلام فيها اجماعا [٢].

والذي يخلص لنا من رأي الامامين الاسبيجابي والحلواني أن دار الاسلام لا تكون دار حرب بمجرد استيلاء دولة كافرة عليهـا ما دام يجري فيها بعض أحكام الاسلام . ويبدو أن رأي هذين الامامين هـو الراجح نظرا لما استدلوا به . وعليه فان بعض بلاد المسلمين التي تخضع اليوم للسيطرة الاجنبية ، تعتبر من دار الاسلام لجريان بعض أحكـام الاسلام فيها كأحكام النكاح وغيرها مما يتعلـق بالاحوال الشخصية ، ولظهور بعض شعائر الاسلام فيها ايضا [٣].

---

(١) والحلواني ، منسوب الى عمل الحلوى ، وهو عبد العزيز بن احمد بن نصر بن صالح ، شمس الائمة الحلواني البخاري . وهو من فقهـاء الحنفية في القرن الخامس للهجرة : المرجع السابق ص ٩٥ .

(٢) الاجراءات القضائيـة لاسـتاذنا الشـيخ محمـد فرج السنهوري ص ٣٩ — ٤٠ .

(٣) جـاء في المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري : وان المراد بدار الاسلام ما كانت تحت حكم المسلمين ، أو كانت تحت حكـم غيرهم لكـن شعائر الاسلام كلها أو غالبها تقـام فيها : الوصايا في الفقـه الاسلامي ، لاستاذنا محمد سلام مدكور ، ص ٣٣٦ .

الفصل الثاني

الذميون والمستأمنون

المبحث الأول

الذميـــون

١٩ ـــ الذمة في اللغة الامان والعهد . وأهل الذمة هم المعاهدون من النصارى واليهود وغيرهم ممن يقيم في دار الاسلام [١]. وقد جاء في الحديث الشريف « .. يســعي بذمتهم أدناهم .. » وفسر الفقهاء « ذمتهم » بمعنى الامان [٢]. وقالوا في تفسير عقــد الذمة بانــه اقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزيــة والتزام أحكام الملة [٣]. وعلى هذا يمكن القول بان عقد الذمة عقد بمقتضاه يصير غير المسلم في ذمة المسلمين أي في عهدهم وأمانهم على وجه التأبيد ، وله الاقامة فــي دار الاسلام على وجه الدوام .

٢٠ ـــ متى شرع عقد الذمة وحكمة مشروعيته ؟

شرع عقد الذمة بعد فتح مكة ، أما ما كان قبل ذلك بين النبــي صلى الله عليه وسلم وبين المشركين فعهود الى مدد لا على أنهم داخلون في ذمــة الاسلام وحكمه [٤]. ويؤيد ذلك ان آية الجزية المتضمنة عقد الذمة ، وهي قوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ... الآية » انما نزلت في السنة التاسعة من

---

(١) القاموس المحيط جـ٤ ص ١١٥ ، المنجـد ص ٢٣٧ ، شرح السير الكبير جـ١ ص ١٦٨ : فالمراد بالذمة العهد موقتا كان أو مؤبدا .
(٢) كشــاف القنــاع جـ١ ص ٧٠٤ .
(٣) المرجع السابق جـ١ ص ٧٠٤ ، كشف المخدرات ص ٢٠٦ .
(٤) الكاســاني جـ٧ ص ١١١ .

الهجرة أي بعد فتح مكة [١].

أما حكمة مشروعية عقد الذمة فهي أن يترك الحربي القتال مع احتمال دخوله في الاسلام عن طريق مخالطته للمسلمين واطلاعه على شرائع الاسلام ، وليس المقصود من عقد الذمة تحصيل المال [٢].

٢١ — من يتولى ابرام عقد الذمة مع غير المسلم ؟

يتولى الامام أو نائبه ابرام هذا العقد مع غير المسلم . فلا يصح من غيرهما . وبهذا صرح الفقهاء من الشافعية والمالكية والزيدية والحنابلة وغيرهم حتى قال صاحب المغني الحنبلي لا نعلم فيه خلافا [٣].

وينعقد هذا العقد بايجاب وقبول ، شأنه شأن العقود الاخرى ،

---

(١) احكام القرآن للجصاص جـ١ ص ١٤٢ ، تفسير ابن كثير جـ٣ ص ٣٤٧ .

(٢) المبسوط جـ ١٠ ص ٧٧، الكاساني جـ٧ ص ١١١ ، نيل الاوطار للشوكاني جـ٨ ص ٥٨، شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٥٤ : لانا انما قبلنا منهم عقد الذمة ليقفوا على محاسن الدين فعسى ان يؤمنوا .

(٣) فتح العزيز جـ١٦ ص ١١٨، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٤٣ ، شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٣، منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش جـ١ ص ٧٥٦، البحر الزخار جـ٥ ص ٤٤٧، المغني جـ٨ ص ٥٠٥ .

ولكن الحنفية يخالفون في هذا فعندهم يجوز لغير الامام ان يعقد الذمة مع غير المسلم . فقد جاء في العناية على الهداية جـ٤ ص ٣٠٠ : « فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا العقد والقبول من العبد ويصير — أي الحربي — ذميا بالاتفاق » وعلل الحنفية هذا القول بان عقد الذمة خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ، لانه مفروض ، فتجب اجابة من طلبه ، لان الله تعالى جعل نهاية قتال الحربي بقبوله عقد الذمة ، كما تصرح آية الجزية ، وفي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين : الهداية وفتح القدير جـ٤ ص ٣٠٠ — ٣٠١ .

والراجح هو ما قاله الجمهور ، لان عقد الذمة عقد مؤبد ، يصير به غير المسلم من اهل دار الاسلام ، وتلتزم الدولة قبله بالتزامات كما يلتزم هو قبلها بالتزامات ، فكان لابد أن يتولاه الامام او نائبه لان الامام يمثل الدولة ، فليس لآحاد المسلمين الافتآت على حق الامام في ابرام هذا العقد .

فينعقد باللفظ أو ما يقوم مقامه ، وهذا ما صرح به الفقهاء . ففي نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للامام الرملي ، عند كلامه على عقد الذمة ، « ويشترط لفظ القبول من كل منهما لما أوجبه العاقد ولو بنحو رضيت، وباشارة أخرس مفهمة ، وبكناية بينة ، ومنها الكتابة ... » [١]. ولا تشترط كتابة العقد لا نعقاده اذا ما تم باللفظ وهذه هي القاعدة في ابرام العقود ، ومع هذا فكتابة العقود أمر مستحسن في الفقه الاسلامي [٢] لاجل الاثبات ودفعا لمضرة الانكار والجحود . وقد كان حكام المسلمين ونوابهم يدونون عقود الذمة التي يبرمونها مع غير المسلمين، وقد حفظ لنا التاريخ الاسلامي نماذج كثيرة منها [٣].

وصرح صاحب المغني الحنبلي ، أن الامام بعد أن يعقد الذمة لغير المسلمين يكتب أسماءهم وأسماء آبائهم وأوصافهم ودينهم [٤] ، وهذا الاجراء لا شك في فائدته وضرورته للدولة الاسلامية لما يترتب على عقد الذمة من حقوق وواجبات بالنسبة للطرفين : الدولة الاسلامية والذمي .

وعقد الذمة يشبه التجنس في الوقت الحاضر . وتجري الدول الان على أن التجنس لا يتم الا عن طريق الدولة نفسها فهي التي توافق عليه ولا تتركه للافراد ، وعلى هذا يجري العمل في الدول الاسلامية كالجمهورية العربية المتحدة والعراق والسعودية .

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ٧ ص ٢٣١ ، فتح العزيز جـ١٦ ص ٩٩ — ١٠٠ ، شرح الازهار جـ٤ ص ٥٠٦ .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي ، لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤١٧ .

(٣) من ذلك كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لنصاري نجران . والعقود التي ابرمها قادة الجيوش الاسلامية ، كخالد بن الوليد مع اهل الحيرة ، ونعيم بن مقرن مع أهل الري وعتبة بن فرقد مع اهل أذربيجان ، وحبيب بن مسلمة لاهل التفليس ، وغير هذا كثير : تاريخ الطبري جـ٥ ص ٢٢٨ وما بعدها ، الاموال لابي عبيد ص ٨٧ وما بعدها .

(٤) المغني جـ٨ ص ٥٣٤ : واذا عقد معهم الذمة كتب اسماءهم واسماء آبائهم وعددهم وحلاهم ودينهم ... الخ ، ومثل هذا القول جاء في البحر الزخار جـ٥ ص ٤٦٣ .

٢٢ — من الذي تعقد له الذمة ؟

(أولا) :

أهل الكتاب من اليهود والنصارى ، وكذلك المجوس وهؤلاء يجوز عقد الذمة لهم بلا خلاف بين الفقهاء • أما أهل الكتاب ، فآية الجزية صريحة في جواز عقد الذمة لهم • وأما المجوس فقد ثبت جواز عقد الذمة لهم بالسنة القولية والفعلية ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب »، وأخذ صلى الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر [١]•

(ثانيا) :

المرتدون • وهؤلاء لايجوز عقد الذمةلهم اجماعا • صرح بذلك الحنفية والمالكية [٢]• وعلل الحنفية ذلك بعدة أدلة ، منها : —

أ — قوله تعالى « تقاتلونهم أو يسلمون » [٣] فقد قالوا ان هذه الآية نزلت في أهل الردة من بني حنيفة •

ب — ان عقد الذمة في حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام ، لان

---

(١) الكاساني جـ٧ ص ١١١ ؛ الهداية وفتح القدير جـ٤ ص ٣٧٠ ؛ احكام القرآن للجصاص جـ ٣ ص ٩١ — ٩٣ ، رد المحتار جـ٣ ص ٣٧١ ، المغني جـ٨ ص ٤٩٦ — ٤٩٨ ، كشف القناع جـ١ ص ٧٥، المحلى لابن حزم الظاهري جـ٧ ص ٣٤٥ الروض النضير في فقه الزيدية جـ٤ ص ٣١٦ ، ٣١٨ ، وفي فقه الشيعة الامامية : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ١ من كتاب الجهاد ، وجواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هجرية من كتاب الجهاد ، المختصر النافع ص ١٣٤ . وفي فقه المالكية: المدونة الكبرى جـ٢ ص ٤٢ ؛ شرح الموطأ للزرقاني جـ٢ ص ١٣٩، ١٤١، شرح النيل في فقه الاباضية جـ١٠ ص ٤٠٦ ، وفي فقه الشافعية كتاب الام للشافعي جـ٤ ص ٩٥ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ ، مختصر المزني جـ٥ ص ٢٠٢ ، نيل الاوطار جـ٨ ص ٥٨ — ٥٩ ، تيسير الوصول الى جامع الاصول لابن الديبع الشيباني جـ١ ص ٢٤٥ .

(٢) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢١ — ٢٢، الكاساني جـ٧ ص ١١ الهداية جـ٤ ص ٣٧١، تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٠، م الجليل لشرح مختصر سيدي خليل للحطاب جـ٣ ص ٣٨١، ال لابن رشد جـ١ ص ٥٨٢ .

(٣) سورة الفتح جـ ٢٦ الآية ٦ .

الظاهر أنــه لم ينتقل عــن الاسلام ، بعدما عرف محاسنه ، الا لسوء فطرته ، فيقع اليأس من صلاحه فلا يكون عقد الذمة في حقه وسيلة الى الاســلام •

جـ — المقصود من عقد الذمة ليس تحصيل المال بل التزام الحربي أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات • وأحكام الاسلام لازمة على المرتد فلا يكون الغرض من عقد الذمة معه الا الحصول على مال الجزية وهذا لا يجــوز •

د — المرتد يستحق القتل ان لم يسلم ، وهذا ينافي عقد الذمة الذي يفيد العصمة للذمي • أما غير الحنفية والمالكية ، فانهم وان لم يصرحوا بما صرح به الاحناف والمالكية ، الا انه « أجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد » [١] وان اختلفوا في وجوب استتابته قبل قتله [٢] ، وعقد الذمة يتنافى مع وجوب القتل لان الذمة تفيد العصمة لصاحبها والمرتد يستحق القتل [٣] ، فلا يجوز عقد الذمة له •

(ثالثــا) :

أما غير أهل الكتاب والمجوس والمرتدين ، فقد اختلف الفقهاء في جواز عقد الذمة لهم • ويمكن اجمال أقوالهم كما يأتي : —

القول الاول — لا يجوز عقد الذمــة وأخذ الجزية من غير أهــل الكتاب والمجوس • وحجة هذا القول ، قوله تعالى « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها » وهذا عام خص منه أهل الكتاب بآية الجزية ، كمــا خص منــه المجوس بالسنة النبوية ، فبقي من عداهم من غــير المسلمين على

(١) المغنــي جـ٨ ص ١٢٣ .
(٢) المغني جـ٨ ص ١٢٤ .
(٣) قال النبي صلى الله عليه وسلم : (من بدل دينه فاقتلوه) وفي رواية : من غير دينه فاضربوا عنقه : تيسير الوصول جـ٢ ص ١، نيل الاوطار جـ٧ ص ١٩١ .

العموم ، فلا يجـوز عقد الذمة لهم . وهـذا قول الحنابلة والشافعية والظاهرية والشيعة الامامية [١].

القول الثاني : — يجوز عقد الذمة لجميع أصناف غير المسلمين الا عبدة الاوثان من العرب . وحجة هـذا القول ، هي أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من المجوس وعقد الذمة لهم مع أنهم ليسوا أهل كتاب فدل هـذا على جواز عقد الذمة لسائر غـير المسلمين عدا عبدة الاوثان من العرب لان النبي صلى الله عليـه وسلم لم يقبل منهـم الا الاسـلام أو السيف . ولان قولـه تعـالى « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » نزلت في عبدة الاوثان من العرب دون غيرهم فلا يجـوز عقد الذمة لهم . وهذا قول الحنفية [٢].

القول الثالث : — جواز عقد الذمة لجميع أصناف غير المسلمين ، لا فرق بين وثني عربي وغيره . وهذا مذهب الاوزاعي ومالك وظاهر مذهب الزيدية [٣].

وحجة هذا القول ، هي أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من المجوس فدل فعله هـذا على جواز عقد الذمة لجميع أصناف غـير

---

(١) المغني جـ٨ ص ٥٠٠ — ٥٠١ احكام القرآن للامام الشافعي ص ٥٠— ٥٣، المهذب جـ٢ ص ٢٦٦، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٤٤، المحلى لابن حزم جـ٧ ص ٣٤٥ سفينة النجـاة في فقـه الشيعة الامامية جـ٢ ص ٣٤٤، والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ١ من كتـاب الجهـاد .
وآيـة فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم في سورة التوبـة جـ١٠ الآيـة ٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٩١—٩٣، الكاساني جـ٧ ص ١١٤، الخراج لابي يوسف ص ١٢٨ — ١٢٩، فتح القدير جـ٤ ص ١٧٣ ، ٣٧٢، رد المحتار جـ٣ ص ٣٧١ .

(٣) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٠، شرح الموطأ للزرقاني جـ٢ ص ١٣٩، مواهب الجليـل للحطاب جـ٣ ص ٣٨١ ، منح الجليل للشيخ عليش جـ١ ص ٧٥٦ ، الروض النضير جـ٤ ص ٣١٧ — ٣١٨ .

المسلمين [١].

٢٣ ــ القول الراجح :

والقول الراجح من هذه الاقوال ، هو القول الثالث للادلة الآتية :

أ ــ ان الآية الكريمة التي فيها « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » والآيات التي قبلها من سورة براءة انما نزلت قبل آية الجزية . وفي تلك الآيات أمر الله تعالى نبيه (ص) بقتال جميع من لم يسلم من العرب . فكان صلى الله عليه وسلم يقاتل المشركين من العرب واليهود ولم يأخذ منهم الجزية . ثم نزلت آية الجزية فأخذها من أهل نجران وهم من نصارى العرب ، كما أخذها من المجوس وليسوا هم أهل كتاب . وأخذها من المجوس دليل على جواز أخذها من جميع المشركين . وانما لم يأخذها النبي صلى الله عليه وسلم من عبدة الاوثان من العرب لانهم أسلموا كلهم قبل نزول آية الجزية ، ولو بقي منهم أحد لقبل منه الجزية وعقد له الذمة كما قبلها من المجوس والنصارى من العرب ، اذ لا فرق ولا تأثير لشدة كفر بعض الطوائف وزيادته على البعض الآخر ، بل ان كفر المجوس أغلظ من كفر عبدة الاوثان من العرب لانهم كانوا يقرون بتوحيد الربوبية بخلاف المجوس ، كما أنهم كانوا على بقايا من دين ابراهيم ولا يستحلون ما يستحله المجوس من نكاح الامهات والبنات ، فكيف يصح جعل المجوس أحسن حالا من مشركي العرب فتقبل منهم الجزية وتعقد لهم الذمة ولا يقبل ذلك من مشركي العرب ؟ [٢].

ب ــ والسنة النبوية تدل على جواز عقد الذمة لجميع أصناف غير المسلمين عربا كانوا أو عجما ، فمن ذلك ما جاء في حديث بريدة « ان

---

(١) المدونة الكبرى جـ٣ ص ٤٦ : وقال مالك في المجوس ما قد بلغك عن عبد الرحمن بن عوف انه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) فالامم كلها في هذا بمنزلة المجوس عندي .

(٢) زاد المعاد لابن قيم الجوزية جـ٣ ص ٢٢٤ .

النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أمّر الامير على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى ثم قال له « .. واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال فأيتهن أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ، ادعهم الى الاسلام ... فان هم أبو فاسئلهم الجزية ، فان هم أجابوك فاقبل منهم وان هم أبوا فاستعن عليهم بالله وقاتلهم» [١]. وهذا الحديث كان بعد نزول آية الجزية فيشمل بعمومه جميع أصناف غير المسلمين ، لان قوله « عدوك » عام يشمل مشركي العرب وغيرهم ، وحمله على أهل الكتاب فقط في غاية البعد [٢].

جـ — أما آيه الجزية وذكرها لاهل الكتاب فقط ، فهذا لا يدل على أن الجزية لا تؤخذ الا منهم وان الذمة لا تعقد الا لهم ، لان الآية لم تتعرض لاخذ الجزية من غير أهل الكتاب ولا لعدم أخذها منهم ، وقد جاء حديث بريدة الذي ذكرناه ، بجواز أخذ الجزية من غير أهل الكتاب [٣].

وقد قال بعض المفسرين في تفسير آية الجزية ان الله تعالى أمر بمقاتلة جميع غير المسلمين وخص أهل الكتاب بالذكر اكراما لكتابهم ولكونهم عالمين بالتوحيد والرسل والشرائع والملل [٤]. وعلى هذا لا يكون ذكر أهل الكتاب في الآية دليلا على حصر جواز عقد الذمة لهم دون غيرهم .

د — أما الحديث الشريف « امرت أن اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله » — فقد قال البعض ان المراد بالناس في هذا الحديث هم

---

(١) رواه اهل الحديث : صحيح مسلم جـ٧ ص ٣١٠ ، سنن ابي داود جـ٣ ص ٤١٦، الترمذي جـ٧ ص ١١٩ ، ابن ماجة جـ٢ ص ١٩٩ ، مسند احمد طبعة ١٣٥٣ هـ بمطبعة الاخوان المسلمين جـ ١٤ ص ٤٦، تيسير الوصول جـ١ ص ٢٣٢ — ٢٣٣ .

(٢) سبل السلام جـ٤ ص ٦٣ — ٦٤ .

(٣) سبل السلام جـ٤ ص ٦٣ .

(٤) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١٠٩ .

المشركون من غير أهل الكتاب ، او أن المراد به أهل الكتاب [١].
وقال آخرون يجوز حمل الحديث على أنه كان قبل نزول آية الجزية ، أو يحمل على مشركي العرب فقط [٢]. فمع هذه الاحتمالات في مدلول هذا الحديث لا يبقى حجة للمستدلين به على عدم جواز عقد الذمة لغير أهل الكتاب .

هـ ـ واخيرا يمكن القول ان عدم عقد الذمة لبعض المسلمين اكراه لهم على تبديل عقيدتهم وارغامهم على الدخول في الاسلام كرها ، وهذا خلاف المقرر في الشرع الاسلامي من أنه (لا اكراه في الدين) ، وأن الاسلام يدعو الى الايمان عن طريق الاختيار والنظر في الدلائل .

٢٤ ـ هل اجابة طلب عقد الذمة واجب على المسلمين ؟

مذهب الحنفية والحنابلة والزيدية أن غير المسلم اذا طلب عقد الذمة فعلى الامام اجابته . وهذا مذهب الشافعية أيضا مع استثناء من يخشى ضرره على المسلمين كالجاسوس فلا تعقد له الذمة ، وهذا استثناء حسن تتسع له الشريعة ولا تأباه [٣].

وحجة قول الاحناف ومن وافقهم من وجوه :

أ ـ أن عقد الذمة ينتهي به قتال غير المسلمين فهو من هذه الناحية كالاسلام ، قال تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ... الآية) .

ب ـ وفي الحديث الشريف « فادعهم الى أداء الجزية، فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » وهذا يدل على وجوب اجابة طلب عقد الذمة .

جـ ـ أجاب النبي صلى الله عليه وسلم نصارى نجران الى عقد الذمة حينما طلبوها منه .

د ـ ان عقد الذمة كالخلف عن الاسلام فيما يرجع الى الالتزام

---

(١) شرح القسطلاني على صحيح البخاري جـ١ ص ١٠٦ .
(٢) حاشية السندي على سنن النسائي جـ٥ ص ١٥ .
(٣) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠ ، ٣٠١ ، جـ٤ منه أيضا ص ٣٢٤ . المغني جـ٨ ص ٥٠٤، المهذب جـ٢ ص ٢٧٠، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، شرح العزيز جـ١٦ ص ١١٩ ، البحر الزخار جـ٥ ص ٤٥٧ .

باحكام المعاملات ، وحيث ان غير المسلم اذا طلب عرض الاسلام عليه تجب اجابته فكذلك اذا طلب عقد الذمة تجب اجابته .

هـ — ان عقد الذمة يترتب عليه مخالطة الذمي للمسلمين ، واطلاعه على محاسن الاسلام ، وقد يحمله ذلك على اعتناق الاسلام .

ومذهب المالكية وجوب اجابة الطلب اذا تيقنت المصلحة ، وتترجح الاجابة اذا ترجحت المصلحة ، وتجوز الاجابة اذا استوى الامران : المصلحة وعدمها [1]. وهذا الاتجاه من المالكية يتفق وما ذهبوا اليه من أصل المصالح واعتبارها في استنباط الاحكام [2].

والراجح هو قول القائلين بالوجوب لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراضات والتضعيف الا اذا كان في الاجابة ضرر على المسلمين فلا تجوز الاجابة لان تصرفات الامام مقيدة بشرط المصلحة وعدم الضرر .

والمعمول به حاليا في الدول الاسلامية كالعربية المتحدة والعراق والسعودية، ان عقد الذمة — وهو يقابل منح الجنسية بطريق التجنس — متروك لتقدير الحكومة، فلها أن ترفض الطلب ولها أن توافق عليه [3]. وهذا الاتجاه لا يخالف أحكام الشريعة لان للامام سلطة النظر في الامور العامة ومنها النظر في منح الاجنبي جنسية الدولة [4].

---

(١) شرح الخرشي وحاشية العدوى جـ٣ ص ١٤٣ — ١٤٤ .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا سلام مدكور ص ٦٥ ، ١٨١ .

(٣) في قوانين الجنسية الحالية ، تنظر المواد ٣—٦، ١١، من قانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ في الجمهورية العربية المتحدة . وفي العراق المادة ١٠ و١١ من قانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ وتعديلاته . وفي السعودية المادة ٩ و١٠ من نظام الجنسية العربية السعودية الصادر سنة ١٣٧٤ هـ .

(٤) والواقع، ان لولي الامر سلطة واسعة في تدبير شؤون الدولة ، وله ان يقرر ما يراه ضروريا لتحقيق المصلحة ودرء المفسدة على ان لا يصطدم بنص قطعي ولا بمبدأ شرعي : انظر الاباحة عند الاصوليين والفقهاء لاستاذنا محمد سلام مدكور ، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الحادية والثلاثون ، العدد الرابع ، ص ٢٧٩ وما بعدها .

بم يكـون غير المسلم ذميـا ؟

٢٥ ـ اولا ـ بالعقد الصريح :

بأن يتم عقد الذمة باللفظ أو بما يقـوم مقامه من كتابة أو اشارة كما بينا من قبل [١]. كأن يدخل الحربي دار الاسلام ويطلب من الامام عقد الذمة له فيوافق الامام على طلبه ويعقد معه عقد الذمة .

٢٦ ـ ثانيا ـ بالقرائن الدالة على رضاه بالذمة [٢].

ومن هذه القرائن ما يأتي : ـ

أ ـ الاقامة في دار الاسلام :

الحربي لا يمكّن من الاقامة الدائمة في دار الاسلام ، وانما يمكن بالامـان من الاقامة اليسيرة ، وقدرهـا الحنفية والشافعية بأقل مـن سـنة [٣]. فاذا أقام المستأمن في دار الاسلام مدة تكفي للكشف عـن رغبته في الاقامة الدائمة والدخول في الذمة فانه يصير ذميا دلالة . وهذه الجملة تحتاج الى شـيء من التفصيل لان فيها حالات ، ولكل حالـة حكمها ، وهذه هي : ـ

الحالة الاولـى :

اذا أنذر الامام المستأمن بالخروج من دار الاسلام خلال مدة معينة وعند عدم خروجه يصير ذميا . في هذه الحالة نص الفقهاء على صيرورته ذميا اذا تجاوز المدة المقررة له ولم يغادر اقليم الدولة الاسلامية . ويعلل الفقهاء هذا الحكم بان استمرار اقامته في دار الاسلام ، بعد هذا الانذار الصريح ، دلالة واضحة على رضاه بالذمة والبقاء في دار الاسلام [٤].

---

(١) فقرة (٢١) صحيفة ٢٣ ـ ٢٤ من هذه الرسالة .

(٢) الكاسـاني جـ٧ ص ١١٠ .

(٣) الهداية جـ٤ ص ٣٥١ ، الاحكـام السلطانية للماوردي ص ١٤١ . والشافعية قدروا مدة الاقامة بما لا يزيد عن اربعة اشهر بالنسـبة للرجال،أما النساءفلا يتقيد امانهن وبقاؤهن في دار الاسلام بمدة: مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٣٨ .

(٤) المبسوط للسرخسي جـ١٠ ص ٨٤، الكاساني جـ٧ ص ١١٠ .

الحالة الثانيـــة :

اذا أنذره الامام بالخروج ولم يعين له مدة يغادر خلالها اقليـــم الدولة . في هـــذه الحالة ، نص فقهاء الحنفية على أن المعتبر هو مدة الحول ، فاذا أقام المستأمن في دار الاسلام ، بعد انذاره ، مدة سنة صار بعدها ذميـــا (١).

الحالة الثالثـــة :

اذا لم ينذره الامام بالخروج . في هذه الحالة ، قال بعض الاحناف يصير ذميا باقامته مدة سنة ، لان الانذار بالخروج ليسَ بشرط ، وانما الشرط أن يقيم سنة فأكثر فيصير بعدها ذميا (٢).

وقال آخرون لا يصير ذميا وان أقام اكثر من ســـنة ، لان انذاره بالخروج شرط لجعله ذميـــا اذا لم يخرج ، وعلى هـــذا الرأي الامام العتابي (٣) ، فقـــد قال : « لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليـــه الامام بالخروج فله الرجوع الـــى دار الحرب ولا يصير ذميـــا » (٤). ولفظ الهداية يشعر بالاخذ برأي العتابي ، فقد جاء فيها : « واذا مكث ســـنة فهو ذمي لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا » (٥). وهـــذا الرأي هو الذي تدل عليـــه أقوال أئمـــة الحنفية من ذلك ما قاله الامام أبو يوسف في كتابه الخراج : « وان أقام هـــذا المستأمن فأطال المقام امر بالخروج ، فان أقام بعـــد ذلك حولا وضعت عليـــه الجزية » (٦). وقال الامام الجصاص « قال أصحابنا لا ينبغـــي

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ١٠ ص ٨٤، العناية على الهداية جـ٤ ص٣٥٢
(٢) حاشية سعدي جلبي على الهداية وشروحها جـ٤ ص ٣٥١ .
(٣) العتابي هو الامام احمد بن محمد بن عمر ابو نصر العتابي البخاري، من ائمة الحنفية وصاحب التصانيف الكثيرة منها جوامع الفقـه ، وشرح الجامع الكبير ، وشرح الجامع الصغير . والعتابي نسبة الـى دار عتاب محلة ببخاري . مات سنة «٨٥٦» هـ ببخاري : الجواهر المضية في طبقات الحنفية جـ١ ص ١١٤ .
(٤) فتح القديـر جـ٤ ص ٣٥١ .
(٥) الهدايـة جـ٤ ص ٣٥١ .
(٦) الخراج لابي يوسف ص ١٨٩ .

للامام أن يترك الحربي في دار الاسلام مقيما بغير عذر ولا سبب يوجب اقامته ، وان عليه أن يتقدم اليه بالخروج الى داره ، فان أقام بعد التقدم اليه سنة صار ذميا » [١].

ما عليه العمل الآن :

المعمول به حاليا في الدول الاسلامية كالعربية المتحدة والسعودية والعراق ، ان غير المسلم الاجنبي لا يصير ذميا حاملا جنسية الدولة بمجرد اقامته فيها وان طالت هذه الاقامة ما لم يتقدم هو بطلب التجنس وفق الشروط المقررة في قوانين الجنسية لهذه الدول وتوافق السلطة المختصة على طلبه . وهذا الاتجاه لا يخالف أحكام الشريعة ، لان ما ذكره الفقهاء بصدد اقامة المستأمن واعتبارها طريقا للدخول في الذمة ، انما هو من قبيل القرائن التي رآها الفقهاء في زمانهم صالحة للدلالة على رضا وموافقة الاجنبي على دخوله في الذمة وصيرورته من تبعة الدولة الاسلامية . فليس الاخذ بهذه القرينة حكما شرعيا ملزما للدولة الاسلامية في كل وقت ومكان ، بل للدولة أن تضع الشروط التي تراها مناسبة للدخول في الذمة وحمل جنسيتها ، وهذا ما صرحت به محكمة مصر الابتدائية الشرعية في حكم لها ، جاء فيه : « ... وان طول اقامتهما بالمملكة المصرية لا يغير من تبعيتهما لدولة ايطاليا ولا يجعلهما مصريين ما داما لم يتجنسا بالجنسية المصرية بالاوضاع المقررة لذلك ، وانما يكونا مستأمنين ... » [٢].

ب — شراء المستأمن في دار الاسلام أرضا خراجية :

ويصير المستأمن ذمياً اذا اشترى في دار الاسلام أرضا خراجية فزرعها ووضعت عليها الدولة الخراج . ويعلل الفقهاء هذا الحكم ، بان الخراج وظيفة مالية لا يلتزم بها الا من هو من أهل دار الاسلام ،

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٨٣ .
(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩٣٤ ، والمنشور في مجلة المحاماة الشرعية ، السنة السادسة ، ص ١٤٩ وما بعدها .

فشراؤه الارض ووضع الخراج عليها دلالة على رغبته في التوطن والاقامة في دار الاسلام ورضاه بان يكون ذميا من تبعة هذه الدار [١].

وقال بعضهم انما يصير ذمياً بشرط تنبيهه بانه في حالة عدم بيعه الارض ورجوعه الى بلاده سيكون ذمياً ، اذ لا يصح جعله ذميا بلا رضا منه أو قرينة معتبرة تكشف عن رضاه [٢]. وهذا القول هو الراجح الذى ينبغي المصير اليه .

وفي الوقت الحاضر ، لا تأخذ الدول الاسلامية بهذه القرينة ولا تعتبرها طريقا من طرق كسب الجنسية [٣] ، اذ ليس في قوانين الجنسية لهذه الدول ما يشير الى الاعتداد بهذه القرينة .

جـ ـ الزواج :

اذا تزوجت الحربية المستأمنة رجلا من أهل دار الاسلام فانها تصير بهذا الزواج ذمية . لان المرأة تابعة لزوجها في المقام والتوطن والتبعية للدار ، فزواجها بمسلم أو ذمي ، وهما من أهل دار الاسلام ، يدل على رضاها بالمقام في هذه الدار على وجه الدوام وصيرورتها ذمية . أما الرجل فانه لا يصير ذميا اذا تزوج ذمية ، لانه ليس بتابع لها فلا يدل زواجه على رضاه بالدخول في عقد الذمة . وعلى هذا نص الاحناف فقد جاء في شرح السير الكبير : « قد بينا أن المرأة تابعة للزوج في المقام ، والزوج لا يكون تابعا لامرأته ، فاذا تزوجت المستأمنة في دارنا مسلما أو ذميا صارت ذمية بخلاف المستأمن اذا تزوج ذمية ... وعلى هذا لو تزوج مستأمن مستأمنة في دارنا ثم صار الرجل ذميا كانت ذمية » [٤] وفي المبسوط للسرخسي : « الحربية المستأمنة اذا تزوجت

---

(١) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤، الكاساني جـ٧ ص ١١٠ ، الهداية جـ٤ ص ٣، رد المحتار جـ٣ ص ٣٤٦، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٣٥ .

(٢) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٣٥٤ .

(٣) **سنذكر فيما بعد مدى حق الاجنبي في تملك العقار في دار الاسلام .**

(٤) شرح السير الكبير جـ٤ ص ١١٥ ، وانظر من نفس المرجع جـ١ ص ٣٣٨ ، جـ٤ ص ٩٥ .

مسلما أو ذميا فقد توطنت وصارت ذمية لان المرأة في السكن تابعة للزوج ألا ترى انها لا تملك الخروج الا باذنه ، فجعلها نفسها تابعة لمن هو من دارنا رضا بالتوطن في دارنا على التأبيد ، فرضاها بذلك دلالة كالرضا بطريق الافصاح فلهذا صارت ذمية » (١). أما الحنابلة ، فالظاهر أنهم على خلاف الحنفية فقد جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي : « واذا دخلت الحربية بأمان وتزوجت في دارنا ذميا ثم أرادت الرجوع لم تمنع اذا رضي زوجها أو فارقها • وقال أبو حنيفة تمنع » (٢).

ودخول المرأة في الذمة عن طريق الزواج يشبه دخول المرأة في جنسية الزوج بالزواج ، في الدول الاسلامية الحاضرة • فقد نصت قوانين الجنسية فيها على اكتساب المرأة جنسية زوجها • ففي السعودية : نصت المادة ١٦ من نظام الجنسية العربية السعودية لسنة ١٣٧٤ هـ « تكتسب المرأة الاجنبية بالزواج جنسية زوجها السعودي » • وفي الجمهورية العربية المتحدة لا تكتسب الاجنبية بزواجها جنسية زوجها المتمتع بجنسية العربية المتحدة الا اذا أعلنت رغبتها الى وزير الداخلية في كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الاعلان ولم يرفض وزير الداخلية طلبها (٣).

وفي العراق تكتسب الاجنبية جنسية زوجها العراقي بشرط موافقة وزير الداخلية ، فاذا ما وافق اكتسبتها من تاريخ الموافقة (٤) ، ومعنى هذا أن المرأة لابد أن تتقدم بطلب بهذا الخصوص فاما أن يقبل واما

(١) المبسوط جـ١٠ ص ٨٤ . وانظر أيضا الكاساني جـ٧ ص ١١٠ ، الهداية وفتح القدير جـ٤ ص ٣٥٣ ، شرح الكنز للعيني جـ١ ص ٣١٧ .

(٢) المغني جـ٨ ص ٤٠٢ .

(٣) المادة ١٣ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ . ويلاحظ أن وزير الداخلية له أن يرفض الطلب بقرار مسبب قبل مضي السنتين ، وهذا ما نصت عليه نفس هذه المادة .

(٤) المادة ١٧ ـ أ ـ من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ : « اذا تزوجت المرأة الاجنبية من عراقي فتكتسب الجنسية العراقية من تاريخ موافقة وزير الداخلية على اكتسابها هذه الجنسية » .

أن يرفـــض .

والحق ان اتجاه هـــذه الدول ، في هذه المسألة ، كله سائغ بقدر ما يتعلق الامر بالاجنبية غير المسلمة اذا تزوجت بمواطن من أبنـــاء هذه الدول [١]. فالدولة الاسلامية لها الحـــق ، على ضـــوء ما تراه مـــن المصلحة ، في قبول أو رفض تجنس المرأة الاجنبية بجنسية زوجها الذي هو من رعاياها .

٢٧ ـ ثالثا ـ الذمة بالتبعية :

هناك حالات يكون فيها غير المسلم ذميا بحكم القانون الاسلامي تبعا لغيره لعلاقة تستوجب هذه التبعية ، فمن ذلك :

أ ـ الاولاد الصغـــار :

نص فقهاء الحنفية على أن الاولاد الصغار يدخلون في الذمة تبعا لآبائهم أو امهاتهم اذا دخلـــوا في الذمـــة . فقد جاء في السير الكبـــير وشرحه : « ولو دخل حربي مع امرأته دارنا بأمان ومعهما أولاد صغار وكبار ، فأسلم أحدهما فالصغار من الاولاد صاروا مسلمين تبعا للذي أسلم منهما .. ولو صار أحدهما ذميـــا كان الصغار من الاولاد ذميين تبعا له » [٢]. ويعلل الاحناف ذلك ، بقولهم : « لان عقـــد الذمة فيه التزام أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، والصغير في مثل هـــذا يتبع خير الوالدين » [٣].

والحنابلة ذهبوا الى ما ذهب اليـــه الاحناف ، ففـــي المغني لابن قدامة الحنبلي : « ومن بلغ من أولاد أهل الذمة أو أفاق من مجانينهم ،

---

(١) ويلاحظ هنا أن هذه الدول الاسلامية تجري في مســـائل الجنسية وفق قواعد وضعية ، وهذه القوعد تقضي بأن الاجنبي هو كل من لا يتمتع بجنسية الدولة ولو كان مسلما ، وعليه أن يخضع لاحكام قواعد الجنسية اذا اراد اكتساب جنسية الدولة . ولا شك ان هذا الاتجاه يخالف المقرر في الفقه الاسلامي من أن المسلم يعتبر من أهل دار الاسلام اينما كان .

(٢و٣) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ١١٩ ـ ١٢٠ .

فهو من أهلها بالعقد الاول لا يحتاج الى استئناف عقد له » [١].

ومذهب المالكية ، على ما يظهر ، كمذهب الحنابلة والاحناف ، فقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي « لا يعقد الذمة الا الامام ، ولا تعقد الا لكافر حر بالغ ذكر .. فأما المرأة والعبد والصبي فهم أتباع ولا جزية عليهم » [٢].

وعند الشافعية وجهان في دخول ولد الذمي في الذمة تبعا ، فقد جاء في فتح العزيز : « واذا بلغ ولد ذمي فهو في أمان .. فهل يحتاج الى استئناف عقد أم يكتفي بعقد الذمة ؟ فيه وجهان » [٣]. وقد رد صاحب المغني على القول بتجديد عقد الذمة للصغار اذا بلغوا ، بانه لم يأت عن النبي (ص) ولا عن أحد من خلفائه تجديد العقد لهؤلاء ، وبأن «الصغار دخلوا في العقد الاول فلا حاجة الى تجديده عند بلوغهم» [٤].

هذه هي أحكام الفقه الاسلامي في دخول صغار أهل الذمة في الذمة تبعا ، وهي تشبه المطبق حاليا في الدول الاسلامية من جهة اكتساب صغار الاجنبي الجنسية الجديدة التي يكتسبها . ففي العراق ، نص قانون الجنسية العراقي على أنه : «اذا اكتسب أجنبي الجنسية العراقية، يصبح أولاده الصغار عراقيين » [٥]. وهذا الحكم يشبه ما ذهب اليه الحنابلة والاحناف .

وفي السعودية ، اذا اكتسب الاجنبي جنسية هذه الدولة فان صغاره يكتسبونها تبعا له اذا كانت اقامتهم فيها . ولهم عند البلوغ حق اختيار جنسية والدهم الاصلية . واذا كانت اقامتهم خارج هذه الدولة فلهم حق اختيار جنسية والدهم الجديدة [٦].

وفي الجمهورية العربية المتحدة ، اذا اكتسب الاجنبي جنسية

(١) المغني جـ ٨ ص ٥٠٨ .
(٢) القواعد الفقهية لابن جزي ص ١١٥ .
(٣) فتح العزيز جـ ١٦ ص ١٢٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٨ .
(٤) المغني جـ ٨ ص ٥٠٨ .
(٥) المادة ١٨ ـ ا ـ من قانون الجنسية العراقي .
(٦) المادة ١٤ من نظام الجنسية العربية السعودية .

الجمهورية العربية المتحدة فان اولاده الصغار يتمتعون بها أيضا الا اذا كانت اقامتهم العادية في الخارج وبقيت لهم ، بمقتضى تشريع البلد الذي هم تابعون له ، جنسية أبيهم الاصلية . ويسوغ للولد الذي قررت له الجنسية أن يقرر اختيار جنسيته الاصلية خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد [1]. وهذه الاحكام المقررة في السعودية والجمهورية العربية المتحدة ، لها بعض الشبه بما هو مقرر في الفقه الشافعي .

ب ـ الزوجة :

اذا صار الزوج من أهل دار الاسلام ، بأن أسلم او صار ذميا ، فان زوجته تصير ذمية . لانها تابعة لزوجها في التوطن والاقامة ، فاذا صار زوجها من أهل دار الاسلام، فان اقامته الدائمة ستكون في هذه الدار ، وحيث أن الزوجة تتبعه في هذه الاقامة ، ولا تتأتى لها الابالذمة فانها تصير ذمية تبعا له . وعلى هذا نص الاحناف ، ففي السير الكبير وشرحه : « ولو أن زوجين مستأمنين في دار الاسلام وأسلم الزوج وهي من أهل الكتاب فأرادت الرجوع الى دار الحرب لم يكن لها ذلك . لانه بعد اسلام الزوج النكاح مستدام بينهما ، فهي مستأمنة تحت مسلم فتصير ذمية، لان المرأة في المقام تابعة لزوجها بمنزلة ما لو تزوجت بمسلم ابتداء . وكذلك اذا صار الزوج ذميا لان الذمي من أهل دارنا كالمسلم » [2].

وفي الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر ، لا يترتب على كسب الاجنبي الجنسية العربية اكتساب زوجته هذه الجنسية ما لم تعلن وزير الداخلية برغبتها في اكتساب جنسية زوجها الجديدة ، وبشرط أن تستمر الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الاعلان . ولوزير الداخلية

---

(١) مادة ١٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ .

(٢) السير الكبير وشرحه ج ٤ ص ٩٥ . ولم اقف على نص لغير الاحناف في هذه المسألة سوى ما ذكرته عن الحنابلة فيما اذا تزوجت الحربية المستامنة في دارنا ذميا وارادت الرجوع فلا تمنع اذا رضي زوجها ، كما ذكرنا من قبل ، وهذا النص يدل على ان الحنابلة لاياخذون بتبعية الزوجة لزوجها في الذمة .

رفض الطلب بقرار مسبب قبل فوات السنتين [١].

وفي العربية السعودية ، ينص نظام الجنسية ، على أنه « يترتب على اكتساب الاجنبي الجنسية العربية السعودية أن تصبح زوجته عربية سعودية ما لم تقرر خلال سنة من دخول زوجها في الجنسية العربية السعودية أنها ترغب في الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية » [٢].

وفي العراق لم ينص قانون الجنسية العراقي على اكتساب الاجنبية الجنسية العراقية اذا ما اكتسبها زوجها الاجنبي [٣]. ومعنى هذا أنها لا تتبعه في الجنسية بحكم القانون وانما لها أن تطلبها عن طريق التجنس بشروطه القانونية .

جـ ــ اللقيط :

عند الحنفية ، يعتبر اللقيط ذميا اذا وجد في مكان أهل الذمة كقرية من قراهم أو معبد من معابدهم . وروي عن الامام محمد أنه قال : «يعتبر حال الواجد فاذا كان ذميا اعتبر اللقيط ذميا تبعا له» [٤].

وعند الزيدية والشافعية والحنابلة ، يعتبر اللقيط مسلما ، اذا وجد في أي مكان من دار الاسلام ما دام فيه مسلم [٥] ، فان لم يكن في المكان سوى غير المسلمين لم يحكم باسلامه . ففي المغني لابن قدامة الحنبلي : «قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل اذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد ، أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب . وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين . قال : اذا وجد لقيط في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا

(١) مادة ١٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ .
(٢) مادة ١٤ من نظام الجنسية العربية السعودية .
(٣) جاء في المادة ١٨ ــ أ ــ من قانون الجنسية العراقي : « اذا اكتسب اجنبي الجنسية العراقية يصبح أولاده الصغار عراقيين » . وهذه المادة لم تذكر شيئا عن زوجته ، ومعنى ذلك انها لا تكتسب جنسية زوجها بالتبعية .
(٤) الفتاوى الهندية جـ ٢ ص ٢٣٥ .
(٥) البحر الزخار جـ ٤ ص ٢٨٧ . والمغني جـ ٥ ص ٦٨٠ ــ ٦٨١ .

به أنــه كافر » [١].

٢٨ ــ رابعا ــ الذمة بالغلبة والفتح :

وهذا النوع مــن الذمة يكون فيما اذا فتح المسلمون بلادا غير اسلامية ورأى إمام المسلمين ترك أهل هذه البلاد أحرارا بالذمة وضرب الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم ، كما فعل عمر بن الخطاب (رض) عندما فتح سواد العراق [٢].

٢٩ ــ شرائط عقد الذمة :

اشترط الحنفية والشافعية والزيدية التأبيد لصحة عقد الذمة، فلا يصح اذا كان موقوتا ، لان عقد الذمــة في افادة العصمة والالتزام بأحكــام الاسلام كالخلف عن عقد الاسلام ، والاسلام لا يصح الا مؤبدا فكذا عقد الذمــة [٣]. والحنابلة لم يذكروا هــذا الشرط صراحة الا أنهم وصفوا عقد الذمة بالتأبيد في أثناء كلامهم عنه ، فقالوا : لا يصح عقد الذمة الا من الامام أو نائبه لانه عقد مؤبد [٤]. أما الفقهاء الآخرون ، من المذاهب الاخرى ، فلم أقف على قول صريح لهم حول هذا الشرط ، فكأنهم تركوا التصريح به باعتبار أن التأبيد من مقتضى عقد الذمة وطبيعته.

ويشترط الحنابلة لصحة عقد الذمة شرطين آخرين : احدهما التزام اعطاء الجزية كل سنة . والثاني التزام أحكام الاسلام . فاذا عقد على غير هذين الشرطين لم يصح لقوله تعالى : «حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » . والصغار جريان أحكام الاسلام عليهم [٥].

وهذا قول الشافعية أيضا الا أنهم قالوا : ان لزوم هذين الشرطين انما هو في حق الرجل ، أما في حق المرأة فيكفي شرط الانقياد لحكــم

---

(١) المغني جـ ٥ ص ٦٨١ .
(٢) الكاساني جـ ٧ ص ١١١ ، ١١٩ .
(٣) البحر الزخار جـ ٥ ص ٤٥٨ ، الكاســـاني جـ ٧ ص ١١١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٤٣ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ ٧ ص ٢٣١.
(٤) المغني جـ ٨ ص ٥٠٥ .
(٥) كشاف القناع جـ ١ ص ٧٠٤ ، المحرر جـ ٢ ص ١٨٢ .

الاسلام اذ لا جزية على المرأة . بل قالوا إن القول الاصح في المذهب هو عدم اشتراط حتى شرط الانقياد لحكم الاسلام ، لان التزام أحكامه من مقتضيات عقد الذمة ، والتصريح بمقتضى العقد لا يشترط لصحته ، ولكن يشترط ذكر مقدار الجزية [1].

والحنفية لم يشترطوا هذين الشرطين ، وانما اكتفوا بالقول بأن عقد الذمة سبب وجوب الجزية ، وانه بالنسبة لالتزام أحكام الاسلام كالخلف عن الاسلام [2].

والراجح هو قول الشافعية لقوة ما استدلوا به ولان مقدار الجزية مفوض الى رأي الامام فكان في ذكره فائدة .

٣٠ — صفة عقد الذمة وما ينتقض به :

عقد الذمة عقد لازم في حق المسلمين فلا يملكون نقضه ما لم يظهر من الذمي ما يقتضي نقضه . وأما في حق الذمي فهو عقد غير لازم اذ يحتمل النقض من جهته .

والفقهاء مختلفون في بعض ما ينتقض به هذا العقد . فعند الحنفية ينتقض باسلام الذمي . وهذا أمر واضح ، ومع وضوحه فقد ذكروه وقالوا في تعليله : « لان الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام ، وباسلامه حصل المقصود فلا يبقى عقد الذمة » . وكذلك ينتقض بلحاق الذمي بدار الحرب . اذ بهذا اللحاق تنقطع صلته بدار الاسلام ويصير من أهل

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٤٢ — ٢٤٣ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ١١١ ، ١١٩ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ١٢٨ ، جـ ٣ منه ص ٣٠١ . والسبب في اللغة ما يتوصل به الى غيره . وفي اصطلاح الاصوليين معنى ظاهر منضبط جعله الشارع امارة للحكم . وهو بهذا الاطلاق يشمل الوصف المناسب للحكم وغير المناسب له ، فمن الاول وصف الاسكار بالنسبة لتحريم الخمر ، ومن الثاني دلوك الشمس لوجوب صلاة الظهر . ومن الاصوليين من قصر السبب على ما ليس بينه وبين المسبب مناسبة ظاهرة ، أما ما كان بينهما مناسبة فيطلقون عليه اسم العلة : مباحث الحكم عند الاصوليين لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ١٣٥ — ١٣٦ ، ومؤلفنا الوجيز في اصول الفقه ص ٤٤ — ٤٧ .

تلك الدار . وينتقض كذلك بغلبة الذميين على موضع لمحاربة المسلمين اذ بهذه المحاربة يصير الذميون حربا على الدولة الاسلامية فيعرى عقد الذمة عن الفائدة ـ وهي دفع شر حرابتهم ـ فلا يبقى العقد [١].

أما غير الحنفية فقد توسعوا فيما ينتقض به عقد الذمة ، وذكروا أشياء لم يرها الاحناف ناقضة للعقد ، من ذلك : امتناع الذمي عن أداء الجزية ، وطعنه في الاسلام أو القرآن ، أو سب الله تعـالى ، أو ذكر رسـوله (ص) بسوء ، أو قطعـه الطريق على مسلم أو فتنته له عـن دينـه ... الخ [٢]. والاحناف يردون على هؤلاء الفقهاء بأن هـذه الافعال معاص يرتكبها الذمي وهي دون الكفر في القبح والحرمة ، وقد بقي العقد مع الكفر فمع المعصية أولى . ويقولون عن ذكر الرسول (ص) بسوء، أنه من الذمي زيادة كفر ، والعقد يبقى مع أصل الكفر فيبقى مع الزيادة . أي أن الكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع انعقاده في الابتداء ، فكذا الكفر الطاريء لا يرفعه في حال البقاء بطريق أولى . أما الامتناع عن الجزية فيقول الاحناف عنه ، يحمل على العجز عن الاداء فلا ينتقض العقد بالشك والاحتمال ،ولان الغاية التي ينتهي اليها قتال الحربيين هي قبولهم عقد الذمة والتزامهم أداء الجزية ، والالتزام بأدائها باق فيبقى العقـد [٣].

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ١١٢ ، ١١٣ ،الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ٣٨٢ .

(٢) انظر فيما ينتقض به عقد الذمة ، عند الشافعية : مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٥٨ — ٢٥٩ . وعند الحنابلة : كشاف القناع جـ ١ ص ٧٣٧ — ٧٤٣ ، وشرح منتهى الارادات جـ ١ ص ٧٤٤ ، والمغني جـ ٨ ص ٥٢٥— ٥٢٦ ، والصارم المسلول على شاتم الرسول ص ١٢ وما بعدها . وفي فقه المالكية : شرح الخرشي وحاشية العدوي جـ ٣ ص ١٤٩ — ١٥٠ . وفي فقه الشيعة الامامية : جواهر الكلام . في باب الجهاد ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ . وفي فقه الزيدية ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٤٦٣ ، وشرح الازهار جـ ٤ ص ٥٦٩ — ٥٧١ .

(٣) الكاساني جـ ٧ ص ١١٣ ، الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ٣٨٠ . وقد اختار بعض الحنفية انتقاض الذمة بسب النبي (ص) : شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ٣٢٢ .

وقول الاحناف هو ما نرجحه لقوة ما استدلوا به ، ولان الذمي صار من أهل دار الاسلام فاذا ارتكب ما يستوجب عقابه عوقب ، سواء أكانت العقوبة قتلا أم غيره .

٣١ — ويلاحظ هنا أن الفقهاء حتى المتوسعين فيما ينتقض به عقد الذمة ، يرون اقتصار حكم النقض على من فعل ما يستوجب النقض ، فلا يسري على غيره ممن دخل في الذمة تبعا كالاولاد الصغار مثلا . ويقول الشافعية في تعليل ذلك : « ان نفسه وماله وأولاده جميعا كانت في أمان فلما ارتفع الامان عن نفسه لنقضه العهد والتحاقه بدار الحرب فيبقى في الولد والمال . هذا ظاهر المذهب ، وقطع به بعضهم » [١]. ونزيد على هذا التعليل أن الاصل المقطوع به في الشريعة الاسلامية هو عدم مؤاخذة الانسان بجريرة غيره قال تعالى : «ألا تزر وازرة وزر اخرى» [٢]. فاذا ارتكب الذمي ما ينتقض به عهده، فمن العدل الذي جاءت به الشريعة أن لا يسري أثر هذا النقض الى غيره كالاولاد وزوجته ولو أنهم دخلوا في الذمة تبعا ، لان دخولهم في الذمة على هذا الوجه كان على سبيل النظر لهم فلا يكون من المصلحة لهم اخراجهم من الذمة تبعا .

٣٢ — وأحكام نقض الذمة التي قال بها الفقهاء تشابه أحكام اسقاط الجنسية في الوقت الحاضر . ففي الجمهورية العربية المتحدة ، تسقط الجنسية عمن يتمتع بها في الحالات المنصوص عليها في قانون الجنسية كما في حالة عمله لمصلحة دولة أجنبية وهي في حالة حرب مع الجمهورية العربية المتحدة ، أو كانت العلاقات السياسية قد قطعت

(١) فتح العزيز جـ ١٦ ص ١٠٨ ، ونفس المرجع جـ ١٤ ص ١٨٩ .
(٢) سورة النجم جـ ٢٧ ، الاية ٣٨ .

معهـا [١]. أما أثر هـذا الاسقاط علـى الاولاد الصغار والزوجة ، فيختلف باختلاف أسباب الاسقاط ، ففي بعض الحالات يسري أثر هذا الاسقاط الى الاولاد والزوجة فتسقط عنهم الجنسية، وفي حالات اخرى لا يسري عليهم هذا الحكم فلا تسقط عنهم الجنسية [٢].

وفي العراق ، نص قانون الجنسية ، على حالات اسقاط الجنسـية ، ومنها قبوله خدمة عسكرية أو ملكية في دولة أجنبية، أو تجنسه بجنسية أجنبية [٣]. ويترتب على هـذا الاسقاط سقوط الجنسية عن أولاده الصغار دون زوجته، وللصغير طلب استردادها في ظرف سنتين من بلوغه سن الرشد [٤].

وفي العربية السعودية ، تسقط الجنسية السعودية عن صاحبها في حالات، نص عليها نظام الجنسية، كالعمل في القوة المسلحة لدولة أجنبية . وفي بعض حالات اسقاط الجنسية لا تسقط عن الاولاد القصر ولا عن الزوجة ، وفي حالات اخرى تسقط عنهم [٥].

---

(١) المادتان ١٧ ، ٢٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ ، ونصت المادة ٢٣ منه : يجوز بقرار من وزير الداخلية ، لاسباب هامة يقدرها ، اسقاط جنسية الجمهورية العربية المتحدة عن كل شـخص متمتع بها يكون غادر الجمهورية بقصد عدم العودة اذا جاوزت غيبته في الخارج ستة اشهر . وذلك بعد اخطاره بالعودة ولم يرد أو رد بأسباب غير مقنعة خلال ثلاثة اشهر من تاريخ اخطاره .

وهناك حالات اخرى تسقط فيها الجنسية عمن اكتسـبها بطريق التجنس اذا ارتكب بعض الافعال المنصوص عليها في المادة ٢١ خلال السنوات الخمس التالية لتاريخ دخوله في الجنسية .

(٢) المواد ٢١ — ٢٤ من القانون السالف الذكر .

(٣) المادتان ١٣ ، ١٥ من قانون الجنسية العراقي .

(٤) المادة ١٨ — ب من قانون الجنسية العراقي .

(٥) انظر المواد ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٩ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، من نظام الجنسية العربية السعودية وقد جاء في المادة الاخيرة : يترتب على سـحب الجنسية العربية السعودية من المتجنس بها زوال هذه الجنسـية عن صاحبها وسحبها ايضا ممن كان قد كسبها من المتجنس بطريق التبعية .

المبحث الثاني

المستأمنون

٣٣ ـ استأمنه طلب منه الامان [١]. والمستأمن بكسر الميم : هو الطالب للامان ، ويصح بالفتح بمعني اسم مفعول ، والتاء للصيرورة أي صار آمنا [٢].

والاصل في الامان قوله تعالى : « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام‌الله ثم أبلغه مأمنه» . وقوله عليه الصلاة والسلام « ذمة المسلمين واحدة يسعي بها ادناهم » [٣].

وهـذا الامان ، أمان موقت بخلاف الامان بعقد الذمة ، اذ أنه مؤبد ، لان عقد الذمة يشترط له التأبيد كما قلنا من قبل [٤] .

وينعقد هـذا الامان بكل لفظ يفيد هـذا المعنى صريحا كان أو كناية ، كما ينعقد بالكتابة والرسالة والاشارة [٥]. ومتى انعقد الأمان فقد تم وأمكن تنفيذه حالا . وللحربي المستأمن أن يعمل بمقتضاه

(١) المصباح المنير جـ ١ ص ٣٤ ، المنجد ص ١٦ .
(٢) رد المحتار جـ ٣ ص ٣٤١ .
(٣) كشاف‌القناع جـ ١ ص ٦٩٤ ، والبحرالزخار جـ ٥ ص ٤٥١ . والآية في سورة التوبة ج ١٠ الآية ٦ .
(٤) فقرة ٢٩ ص ٤١ من هذه الرسالة .
(٥) جاء في فتح العزيز جـ ١٦ ص ٩٩ ـ ١٠٠ : « ينعقد الأمان بكل لفظ معد للغرض صريحا كان أو كناية . وينعقد الامان بالكتابة والرسالة ايضا سواء كان الرسول مسلما او كافرا ، وينعقد أيضا بالاشارة » . وفي منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش جـ ١ ص ٧٣٠ ـ ٧٣١ : « ثم الامان يكون بلفظ او اشارة مفهمة اي شانها فهم العدو الأمان منها وان قصد المسلمون بها ضره ، كفتحنا المصحف وحلفنا ان نقتلهم فظنوه تامينا فهو تأمين ... » . ومثله في شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٣ ص ١٢٣ .
وفي شرح الازهار جـ ٤ ص ٥٦٠ : « ولو باشارة ، او اذا قال المسلم للمشرك تعال الينا فانه يكون امانا للمدعو ، كما لو قال امنتك او انت آمن أو في امان أو لا خوف عليك .. » .
والمغني جـ ٨ ص ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، وشرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، ٢٤٦ .

فيدخل دار الاسلام آمنا ولا يجوز التعرض له بسوء ، ويجب على المسلمين رعاية هذا الامان ومقتضاه ما دام قائما [1].

٣٤ — انواع الامان الموقت :

الأمان الموقت ، الذي يكون به الحربي مستأمنا ، اما أن يحصل عليه صراحة من المسلمين واما أن يحصل عليه بالتبعية لغيره واما أن يحصل عليه بدلالة العرف والعادة . والأمان الصريح قد يكون خاصا أو عاما ، وقد يكون عن طريق الموادعة . وتتكلم فيما يلي عن كل نوع بايجاز .

٣٥ — اولا — الامان الموقت الخاص :

وهو الذي يعطى لحربي واحد أو عشرة أو قافلة صغيرة أو حصن صغير [2]. وللمسلم الولاية على اعطاء مثل هذا الأمان لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعي بذمتهم أدناهم » [3]. ولا يجوز لغير المسلم إعطاء هذا الأمان وإن كان ذميا يقاتل مع المسلمين ، وعلى هذا إجماع الائمة الاربعة ومعهم الشيعة الامامية والزيدية ، لان النبي (ص) جعل الذمة للمسلمين فلا تكون لغيرهم ، فقد جاء في الحديث الشريف « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم» . إلا أن الحنفية أجازوا أمان الذمي اذا أمره به مسلم لان الذمي

(١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٤٥٢ ، الكاساني جـ ٧ ص ١٠٧ ، ١٠٩ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٦٩٤ ، شرح منتهى الارادات جـ ١ ص ٧٣٣ .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٣٩٨ ، المحرر جـ ٢ ص ١٨٠ ، متن المنهاج جـ ٤ ص ٢٣٧ ، فتح العزيز جـ ١٦ ص ١٩٨ ، منح الجليل للشيخ عليش جـ ١ ص ٧٢٩ ، الزرقاني على مختصر خليل جـ ٣ ص ١٢٢ ، السياسة الشرعية للمرحوم خلاف ص ٦٧ .

(٣) شرح الازهار جـ ٤ ص ٥٥٩ وما بعدها ، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٣ ص ١٢٢ ، والشيخ عليش جـ ١ ص ٧٢٩ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٦٩٥ ، المغني جـ ٨ ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، الهداية جـ ٤ ص ٢٩٨ . مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٧ ، شرح منهج الطلاب جـ ٤ ص ٢٦٤ . المهذب جـ ٢ ص ٢٥١ ، والبحر الزخار جـ ٥ ص ٤٥٢ .
وحديث « المسلمون تتكافأ دماؤهم ... » رواه أحمد وابو داود والترمذي : مسند احمد مطبعة الاخوان جـ ١٦ ص ٣٣ ، سنن أبي داود جـ ١٦ ص ٣٢٨ ، الترمذي جـ ٨ ص ٢٠ ، ٢٤ .

بهذا الامر صار مالكا للامان فيكون بمنزلة المسلم [١].

ويشترط لصحة أمـان المسلم أن يكون بالغا عاقلا ذكرا كان أو انثى [٢] . واشترط المالكية لصحة الامان ان لا يكون فيـه ضرر على المسلمين ، فلو أمن المسلم جاسوسا أوطليعة أومن فيه مضرةلم ينعقـد الامان [٣] . وهذا شرط حسن يتفق مع أصل المصلحة المرسلة المأخوذ به في الفقـه المالكـي . وأصل المصلحـة مـن اصول التشريـع المهمـة فـي الشريعـة الاسلاميـة التـي تشهد له بالصحة دلائل الشريعـة المختلفـة .

٣٦ ــ وتساءل هنا ، هل يجوز قصر منح الامان على الامام على وجه لا يصح منحه من غيره ؟ .

الواقع ان تأمين الحربـي ، ودخوله دار الاسلام بناء على هذا

(١) المدونة الكبرى جـ ٣ ص ٤١ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٢٣ والشيخ عليش جـ ١ ص ٧٣٠ ، الكاساني جـ ٧ ص١٠٦ ، الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ٣٠٠ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ١٧٢ ، ١٩١ ، رد المحتاج جـ ٣ ص ٣١٤ ــ ٣١٥ ، المغني جـ ٨ ص ٣٩٨ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٦٩٤ ، شرح منتهى الارادات جـ ١ ص ٧٣٦ ، فتح العزيز جـ ١٦ ص ٩٩ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٧ ، شرح منهج الطلاب جـ ٤ ص ٢٦٤ ، شرح الازهار جـ ٤ ص ٥٥٩ ــ ٥٦٠ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، في باب الجهاد فقد جاء فيه : وان أمنهم ذمي او مشرك كان مع المسلمين في عسكرهم فلا أمان له .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٣٩٦ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٦٩٤ ، الام للشافعي جـ ٤ ص ١٩٦ ، الماوردي ص١٤١ ، فتح العزيز جـ ١٦ ص٩٨ ، ٩٩ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٥٦٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٢ ص ١٩٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ١٠٦ــ١٠٧ ، الهداية وفتح التقدير جـ ٤ ص٢١٨ سفينة النجاة جـ ٢ ص ٤٣٦ ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية في فقه الشيعة الامامية ، الجزء الاول ــ بحث الامان .

(٣) منح الجليل ، شرح مختصر خليل ، للشيخ محمد عليش جـ ١ ص ٧٣٠

الأمان ، أمر يتعلق بمصلحة الدولة وشؤونها ، والامام هو المشرف على شؤون الدولة الناظر في مصالحها ، فينبغي أن لا يخرج هذاالتصرف عن نظره ورقابته وتقديره . وقد قال الفقهاء انالامام بنقض أمان المستأمن اذا كان فيه مفسدة او ضرر على المسلمين ، كما له نقضه عند خوف خيانة من أعطيه [1] . ومعنى ذلك أن للامام رقابة على الأمان ، وأن تأمين آحاد المسلمين ليس مطلقا وانما يخضع لتقديره ونظره . فلم لا يكون هذا التقدير من الابتداء ، فيكون للامام — بناء على مصلحة يراها — منع آحاد المسلمين من التأمين ؟

ثم وجدنا بعض المالكية يذهب الى أن الأصل في الأمان أن يكون بيد الامام وحده ، فان صدر عن غيره نظر الامام فيه : فاما أن يلغيهواما أن يمضيه ، فقد جاء في شرح مختصر خليل للشيخ عليش ما نصه : « وان لم يؤمن غير الامام اقليما بأن أمّن عددا محصورا ، فهل يجوز تأمينه ابتداء ويمضيولا نظر للامامفيه ، وعليه اي جوازهابتداء الاكثر ، أو لا يجوز ابتداء ولكن يمضي ان أمضاه الامام ؟ ظاهر خلافه انهما فيمن سوى الامام ولو مستوفيا لشروط التأمين بأن كان حرا مسلما عاقلا بالغا ذكرا . ابن حبيب : لا ينبغى لغير الامام التأمين ابتداء وان وقع نظر الامام » [2] . فهذا القول ، وهو ماذهب اليه بعض المالكية ، صريح في أن الأمان يملكه الامام ، فلا يجوز ابتداء من قبل آحاد المسلمين ، ولكن اذا وقع نظر الامام فيه :فاما أن يجيزهواما أنيلغيه .

ولكن اذا نهى الامام الناس عن تأمين الحربي ، بناء على مصلحة يراها ، فهل يعتبر أمانهم بعد النهي باطلا لا يترتب عليه اثره ؟

قال المالكية : « اذا نهى الامام الناس عنالتأمين فأمنوا فانه لا ينفذ

---

(١) الهداية جـ ٤ ص ٣٠٠ ، الكاساني جـ ٧ ص ١٠٧ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٦٩٥ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٨ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٤٣٥ ، شرح اللمعة جـ ١ مبحث الامان من كتاب الجهاد .

(٢) الشيخ عليش ، المرجع السابق ، جـ ١ ص ٧٢٩ .

الا اذا أمضاه الامام ، فان لم يمضه رده الى مأمنه » [١] . فالنهي من الامام عن التأمين يجعل ما يعقده الافراد من أمان موقوفا على اجازة الامام .

ولكن الزيدية ذهبوا الى أبعد مما ذهب اليه المالكية ، فعندهم لا ينعقد أمان آحاد الرعية اذا نهاهم الامام عنه ، فقد قالوا : « واذا نهى الامام عن أمان قوم أو شخص لم يكن لأحد أمانه . فان فعل لم يتعقد لوجوب طاعة الامام ، فان أمّنه جاهلا رد مأمنه لأجل الشبهة » [٢] . فأمان المسلم باطل بعد نهي الامام الناس عن التأمين ، وانما ردالحربي الى مأمنه دون أن يعامل معاملة الداخل بلا أمان لاجل الشبهة وهي جهل المؤمن عن النهي . أما لو علمه المؤمن والمؤمن فانه يعامل ، فيهذه الحالة ، معاملة منيدخل دار الاسلامبلاأمان . فقد جاء في شرح الازهار في فقه الزيدية : « .. أو أمنه قبلنهي الامام لاصحابه عن أن يؤمنوا أحدا .. فان اختل قيد من هذه القيود التي تقدمت رد مأمنه غالبا ، احترازا من أمان عقد بعد نهي الامام عن الامان وعلمه المؤمن والمؤمن فانه لا يرد مأمنه بل يجوز قتله . وأما لو علم أحدهما وجهل الآخر فلا يقتل بل يرد مأمنه وهو المختار في المذهب » [٣] .

وما ذهباليه الزيدية هوالقول الراجحفي المسألةالذى ينبغيالمصير اليه ، لان الامان من شؤون الدولة ويتعلق بمصالحها العامة ، والامام منصوب للنظر في هذه المصالح وتلك الشؤون ، فينبغي أن يكون اعطاء الأمان برأيه وتقديره . وعلى هذا الرأي البديد تسيرالدول الاسلامية في الوقت الحاضر . فالحكومة هي التي تمنح الأمان بشروط خاصة ، سنذكر بعضها فيما بعد ، وتمنع الافراد من منح الامان للاجانب ، فلا يجوز للاجنبي أن يدخل أرض الدولة الا اذا منح « سمة الدخول »من

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٢٢ .
(٢) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٥ .
(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٩ .

قبل الحكومة أو ممن يمثلها ، وهذه السمة تقوم مقام الامان باصطلاح الفقهـــاء .

٣٧ ـ ثانيا ـ الامان الموقت العام :

وهو الامان الذي يعطيه امام المسلمين لجميع الحربيين أو الى جمع منهم غيرمحصور . وهذا الأمانلايصح من غير الامام أو نائبه ، فـلا يصح من آحادالمسلمين لما فيه من الافتيات علىالامام ، وانما جاز منه لان ولايته عامة على المسلمين . وهذا قول الحنابلة والشافعية [١] . أما الحنفية فعندهم يصح أمان الواحد للجمع الكثيرأو لأهل مصر [٢] .

والراجح هو قول الحنابلة والشافعية لان التأمين يتعلق بمصالح الدولة وبصميم واجبات الامام فينبغي ألا يباشره غيره .

٣٨ ـ ثالثا ـ الامان بالموادعة :

الموادعة نوع من الأمان الموقت ، وهي المعاهدة مع غير المسلمين على ترك القتال [٣] وتسمى بالمعاهدة والمسالمة والمهادنة [٤] .

ولا يجوز عقد الموادعة الامن الامام أو نائبه لانهعقد مع جمعمن غير المسلمين وليس لغيره ذلك ، ولانه أمر يتعلق بمصلحةالدولة العامة فيقوم به الامام أو نائبه فان باشره غيرهما لميصح العقد . وهذا مذهب الحنابلة والشافعية [٥] . وعند الحنفية يجوز عقد المهادنةمن غـير اذن الامام [٦] . والراجحقول الحنابلة والشافعية لماقلناه في الفقرة السابقة

(١) المغني جـ ٨ ص ٣٩٨ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٦٩٥ ، المحرر جـ ٣ ص ١٨٠ ، متن المنهاج جـ ٤ ص ٢٣٧ ، فتح العزيز جـ ١٦ ص ٩٨ :

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ١٠٧ .

(٣) الكاساني جـ ٧ ص ١٠٦ ، ١٠٨ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٦٠ .

(٥) المغني جـ ٨ ص ٤٦١–٤٦٢ ، متنالمنهاج ومغنيالمحتاج جـ ٤ ص٢٦٠

(٦) الكاساني جـ ٧ ص ١٠٨ : لا يشترط اذن الامام بالموادعة ، حتى لو وادعهم الامام أو فريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لأن المعول عليه كون عقد الموادعة مصلحة للمسلمين .
الا انه جاء في الهداية وفتح القدير ما يشعر بأن الموادعة تنحصر في الامام ، فقد جاء فيهما جـ٤ ص٢٩٣ : واذا راى الامام ان يصالح أهل حـرب ...

من أن هذا الامان يتعلق بعموم مصلحة الدولة وأنه من صميم واجبات الامـــام .

ويترتب على الموادعة أن الموادعين يأمنون على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذراريهم لانها عقد أمان أيضا . ومن دخل منهم دار الاسلام بغير أمان جديد سوى أمان الموادعة لم يتعرض له أحد بسوءلانه آمن بتلك الموادعة . ودليل هذا أن أباسفيان دخل المدينةزمن الهدنة « صلح الحديبية » ولم يتعرض له احد من المسلمين بشيء [١] .

٣٩ ــ رابعا ــ الامان بالعرف والعادة :

أ ــ الرسول . فاذا أرسل غير المسلمين رسولا الى دار الاسلام بدون تقدم أمان من المسلمين ، فهو آمن اذا أخرج كتابا من ملكهم أو رئيسهم ، اذ لم تـزل الرسل آمنــة في الجاهليـــة والاســـلام ، وقــد كـــان صلــى الله عليـــه وسلـــم يؤمـــن رســـل المشركين . ولما جاءه رسولا مسيلمة قال : لولا ان الرسل لا تقتـــل لقتلتكما . وعلى هذا نص الحنفية والزيدية والشافعية والحنابلة [٢] .

وأمان الرسول ، كما نص عليه الفقهاء ، يشبه المعمول به حاليــا بين الدول فيحالة الحرب . فاذا أراد أحد الفريقين المتحاربين الاتصال بالفريق الآخر واجراء التفاوض معه حول أمر من الامور ، فانه يرســل رسولا لهذا الغرض حاملا راية بيضاء أو تاركا حملها لغيره ، فيجتـــاز

(١) شرح السيرالكبير جـ ٣ ص ٢٢٨ ، وجـ ٤ ص ٦ ، وجـ ٤ ص ١٣٣ : وكذلك لو أن هؤلاء المستأمنين كانوا من اهل دار الموادعة دخلوا الينا بتلك الموادعة ، لان تلك الموادعة توجبالأمان لهم في دارنا فكانوا بمنزلة المستأمنين . والمبسوط جـ ١٠ ص ٨٩ .

(٢) المبسوط جـ ١٠ ص ٩٢ ــ ٩٣ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ١٩٨ ، ردالمحتار جـ ٣ ص ٣١٤ ، شرحالازهار جـ ٤ ص ٥٥٩ ، مغنيالمحتاج جـ ٤ ص ٢٤٣ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٣٢–٣٣ ، والمغني جـ ٨ ص ٤٠٠ ، ٥٢٣ .

الرسول صفوف المقاتلين قاصدا القائد العام دون أن يلحقه أذى • الا أن القائد العام غير ملزم بقبوله أو التفاوض معه ولكنه ملزم برده سالما الى محلــه [1]•

ب ــ التجــار :

نص المالكية والشافعية والحنابلة على تأمين التجار بناء على العرف والعادة • فاذا دخل حربي دار الاسلام من غــير تقدم أمان وقال جئت تاجرا وكان معه متاع يبيعه قبــل قوله وكان آمنا • لان العادة ، كمــا يقــول ابن قدامــة الحنبلي ، جرت بدخــول تجارهم الينــا وتجارنا اليهم [2]• وهذا القول يفيــد الاخذ بمبدأ المعاملة بالمثل ، ويشير الى أن هذا الحكم مبني على العرف والعادة ، فاذا تبدلت العادة تبدل الحكم المبني عليها • وفي هــذا المعنى قال الفقهاء لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمــان ••

وفي الوقت الحاضر ، لم تجر العادة بدخول التجار الى غير دولهم بغير أمان ، فلابد لهم مــن ترخيص سابق بالدخول الى اقليم الدولة ، شأنهم في هذا شأن غيرهم • وعلى هذا تجري الدول الاسلامية الحاضرة فلا تسمح للتجار بدخول اراضيها الا باذن سابق منها «سمة الدخول» • وليس في هذا المسلك مخالفة للشريعة ، لان ما نص عليه الفقهاء ، فــي هذه المسألة ، مبناه العرف والعادة ، كما قلنا ، وقد تغيرت العادة فــي الوقت الحاضر فيتغير الحكم المبني عليها •

٤٠ ــ خامسا ــ الامان بالتبعية :

الاولاد الصغار يدخلون في عقــد الامان تبعا ، وعلى هــذا نص

(١) محاضرات في القانون الدولي العام للدكتور سعدي بسيسو ، طبعــة بغداد سنة ٤٩ ، ص ١٩٩ ــ ٢٠٠ .

(٢) المغني جـ٨ ص ٥٢٣ ، شرح الخرشي جـ٣ ص ١٢٤ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٣٣ : ــ وقال الشافعي ... واذا دخل قوم من المشركين بتجارة ظاهرين فلا سبيل عليهم لان حال هؤلاء حال من لم يزل يؤمن مــن التجــار .

الفقهاء ، ففـي البحر الزخار في فقه الزيدية : « واذا دخـل حربي دار الاسلام بأمان عم نفسه واولاده الصغار وماله » [١]. وفي فتح العزيز في فقه الشافعية : « اذا دخل الكافر دار الاسلام بعقد امان أو ذمة كان ما معه من المال والاولاد في أمان . فان شرط الامان في المال والولد فهو زيادة تأكيد » [٢]. والحنفية وسعوا الامـان بالتبعية فجعلوه شـاملا زوجـة المستأمن وبناتـه الكبـار واختـه اذا كان يعولها وهي فـي معيشـته [٣].

٤١ ـ ادعـاء الامـان :

اذا ادعى الحربي في دار الاسلام انه دخل بامان لم يصدق ، وهو فيء لان حق المسلمين قد ثبت فيه حين تمكنوا منه من غير امان ظاهر فلا يصدق في ابطال حقهم [٤]. ولو قال رجل مـن المسلمين انا آمنته لم يصدق في ذلك لان قول الواحد في ابطـال الحق الثابت لجماعـة المسلمين غير مقبول . ولكن لو شهد بذلك رجلان مسلمان ، غير المخبر، بأنه آمنه فهو آمن ، لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة [٥]. وما قلناه هو مذهب الحنفية . وعنـد الحنابلة قولان : الاول ، يقبل قوله تغليبا لحقن دمه كما يقبل من الرسول والتاجر . والثاني : لا يقبل ، لان اقامة البينة عليـه ممكنة . ولكن لو قال مسلم أنا آمنته قبل قوله لانه يملك ان يؤمنه فيقبل قوله فيه [٦].

وفي الوقت الحاضر لا تسمح الدول الاسلامية للاجنبي بالدخول

(١) البحر الزخـار جـ٥ ص ٤٥٥ .
(٢) فتـح العزيز جـ١٦ ص ١٠٨ .
(٣) شرح السير الكبير جـ١ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٧ .
(٤) المبسوط جـ١٠ ص ٩٣ ، رد المحتار جـ٣ ص ٣١٤ .
(٥) شرح السير الكبير جـ١ ص ١٩٨
(٦) المغنـي جـ٨ ص ٥٢٣ .

في اقليمها الا بجواز سفر وسمة دخــول سابقة ، فاذا وجد اجنبي على اقليمها بدون جواز سفر او سمة دخول فانها تخرجه من اقليمها .

٤٢ ــ ما ينتقض به امان المستامن :

اولا ــ عودة المستأمن الى داره . فاذا رجــع المستأمن الى داره انقطع حكــم امانه فلا يستطيع العودة الــى دار الاسلام الا بأمــان جديد (١). وهذا ما صرح به الحنفية . والظاهر أن هــذا في غير أمان الموادعة لان الموادع يدخل دار الاسلام بأمان الموادعة دون حاجة الى أمان جديد كما قلنا من قبل (٢). وعند الحنابلة لاينتقض أمان المستأمن برجوعه الى دار الحرب لتجارة أو حاجة على عزم عودته الى دار الاسلام ، لانه لم يخرج عن نية الاقامة فيها . ولكن اذا دخل دار الحرب مستوطنا أو محاربا انتقض أمانه في نفسه وبقي في ماله (٣).

وهــذه الاحكام الفقهية تشــبه الاحكام المقررة في بعض الدول الاسلامية . ففي المملكة العربية السعودية ينص نظام الاقامة الصادر سنة ١٣٧١ هـ علــى أن الاجنبي اذا خرج مــن البلاد خــلال مدة التأشيرة الممنوحة له من السلطة المختصة الممثلة للحكومة السعودية في الخــارج فلا يسمح له بالدخول مرة اخرى الا بتأشيرة جديدة (٤). وهذا يماثل قول الحنفية بانقطاع الامان عن المستأمن اذا خرج من دار الاسلام فلا يعود اليهــا الا بامان جديد . ولكن اذا اراد الاجنبي مغادرة الاراضي السعودية لفترة معينــة خلال مدة الاقامة الممنوحة له ، ولم يكــن قد استغرقها ، وطلب تأشيرة بالعودة محدودة باجل لا يزيد عن شهر واحد ولا يستغرق المدة الباقية له من اقامته ، يصرح له بالعودة والدخول دون

---

(١) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٧ .
(٢) فقرة ٣٨ ص ٥٢ من هذه الرسالة .
(٣) كشاف القناع جـ١ ص ٦٩٨ ، شرح منتهى الارادات جـ١ ص ٧٣٧ .
(٤) المادة ١٥ من نظام الاقامة السعودي لسنة ١٣٧١ هـ .

اجراءات جديدة .. الخ [١]. وهـذا يشبه قول الحنابلة بعدم انتقاض امان المستأمن بخروجه من دار الاسلام على عزم عودته اليها .

وفي الجمهورية العربية المتحدة ، نص المرسوم بقانون رقـم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ على أن الاجانب ذوي الاقامة الخاصة والعادية لا يجوز لهم الغيـاب في الخـارج أكثر من ستة اشهر ما لم يحصل احدهـم قبل سفره أو قبل انتهاء هذه المدة على اذن بذلك من وزارة الداخلية لاعذار تقبلها ولا يجـوز ان تزيد مدة الغياب في الخارج على سنتين ، ويترتب على مخالفة هذه الاحكام سقوط حـق الاجنبي في الاقامة المرخص له بهـا [٢]. فكأن اقامة الاجنبي من هؤلاء خـارج الجمهورية العربيـة المتحدة لمدة سنتين قرينـة على عدم رجوعه مرة اخرى الى الجمهورية العربية المتحدة فيسقط حقه في الاقامة .

وفي الجمهورية العراقية يعتبر خروج الاجنبي من العراق وبقاؤه في الخارج مدة تزيد على ستة أشهر سببا لالغاء المدة الباقية من الاقامـة الممنوحة له ، وعليه عند عودته ان يستحصل وثيقة جديدة بالاقامة [٣]. فكأن خروج الاجنبي من العراق وبقاءه في الخارج مدة ستة اشهر قرينة على نيته في عدم العودة فيسقط حقه في الاقامة ، أي سقوط حقه فـي « الامان » الاول الممنوح له .

ثانيا ــ اذا كان في الامان مفسدة وضرر على الدولة الاسلامية فان الامام ينقض الامان كما ان له نقضه عند خوف خيانة من اعطية [٤].

ونقض الامان في هـذه الحالة يشبه اخراج الاجنبي مـن ارض الدولة وابعاده الى خارجها من قبل السلطات المختصة اذا رؤى ان في وجوده ضررا أو ان هناك ما يستدعي اخراجه كما سنذكره فيما بعد .

(١) المادة ١٦ من نظام الاقامة السعودي .
(٢) المادتان ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ .
(٣) المادة ٣١ من قانون الاقامة العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ .
(٤) الهداية جـ٤ ص ٣٠٠، الكاساني جـ٧ ص ١٠٧ ، كشاف القناع جـ١ ص ٦٩٥ مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٣٨ ، سفينة النجاة جـ٢ ص ٤٣٥ ، شرح اللمعة جـ١ من كتاب الجهاد ــ بحث الامان .

الفصل الثالث

جنسية الذمي والمستامن

٤٣ ــ نقسم هذا الفصل الى مبحثين « الاول » للكلام عن الجنسية ومفهومها في القوانين الوضعية بصورة موجزة حتى نسترشد باصطلاحاتها الحديثة في بحثنا عن جنسية الذمي والمستأمن . «والثاني» للكلام عن الجنسية في الشريعة الاسلامية ومن يتمتع بها ، وجنسية الذمي والمستأمن .

المبحث الأول

الجنسية في القوانين الوضعية

٤٤ ــ للجنسية معنى اجتماعي هو انتماء الشخص الى امة معينة ، ومعنى سياسي وقانوني هو انتماؤه الى دولة من الدول . وهذا المعنى الاخير هو المقصود في ابحاث القانون . فالجنسية اذن ، هي علاقة قانونية وسياسية بين الفرد ودولة معينة [1]. وقد عرفت الجنسية بتعاريف اخرى منها انها رابطة سياسية وقانونية تنشئها الدولة بقرار منها تجعل الفرد تابعا لها أي عضوا فيها . أو انها الرابطة القانونية التي تربط الانسان بدولة ذات سيادة يعتبر قانونا رعية لها [2]. فهذه التعاريف تتضمن لزوم توافر ثلاثة عناصر في الجنسية : وهي الدولة ، والفرد ، وعلاقة قانونية وسياسية بينهما . فالطرف الاول في الجنسية هو الدولة التي يعترف لها القانون الدولي العام بشخصية دولية ولو لم

(١) القانون الدولي الخاص لاستاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن جـ١ ص ٥١ ــ ٥٢ .

(٢) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله جـ١ ص ٨٦

تكن تامــة السيادة بأن كانت تحت الحمايــة أو الانتداب [١]. امــا الجماعات غير الدول فلا يمكن ان تكون طرفا في رابطة الجنسية سواء اكانت هذه الجماعات من اشخاص القانون العام ام لا . فالامة مثــلا وهيئـــة الامم حاضرا وعصبة الامم سابقا ، لا يمكن ان تكون واحدة منها طرفا في علاقة الجنسية ولا تملك اعطاء الجنسية للافراد [٢]. امــا الطرف الآخر في رابطة الجنسية فهو الفرد أي الشخص الطبيعي القانوني أي الذي له شخصية قانونية . والاصل ان لكل فرد شخصية قانونية ، ولهذا يصلح ان يكون طرفا في الجنسية اما مــن لا يتمتع بالشخصية القانونية كالرقيق فانه لا يصلح ان يكون طرفا في رابطة الجنسية [٣]. اما العنصر الثالث في الجنسية فهو وجود علاقة قانونية وسياسية بــين الفرد والدولة ، وهذه العلاقة توصف بانها قانونية لانها تنشأ عنها آثار قانونيــة وهي الحقوق والواجبات بالنسبة لطرفي العلاقة [٤] ، وهــي علاقة سياسية لان الدولة طرف فيها .

ويطلق على مــن يتمتع بجنسية الدولة اســم « الوطني » . اما اصطلاح « المواطن » فيراد به الوطني الذي يتمتع بالحقوق السياسية مع تمتعــه بجنسية الدولة ، فكل مواطن وطنــي ، وليس كل وطنــي مواطنــا [٥].

٤٥ ـ الجنسية الاصلية والجنسية اللاحقة : ـ

قد تثبت الجنسية للشخص منــذ ميــلاده وهــذه هي الجنسية

---

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، جـ١ ص ٥٢ والقانون الدولي الخاص للدكتور احمد مسلم جـ١ ص ٧٧ .
(٢) استاذنا الدكتور جابر جاد عبدالرحمن، المرجع السابق، جـ١ ص ٥٣. القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله جـ١ ص ٩٣
(٣) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله جـ١ ص ١٠٠
(٤) استاذنا الدكتور جابر جاد عبدالرحمن، المرجع السابق، جـ١ ص ٥٥. ومباديء القانون الدولي الخاص للدكتور محمد عبدالمنعم رياض ص ٣١
(٥) استاذنا الدكتور جابر جاد عبدالرحمن، المرجع السابق، جـ١ ص ٥٥ . الدكتور عز الدين عبدالله ، المرجع السابق ، جـ١ ص ٨٩ .

الاصلية [١] ، وقــد تثبت له بعــد ميــلاده وهــذه هــي الجنســية اللاحقة [٢] ، أو المكتسبة [٣].

وتختلف الدول في الاساس الذي تضعه للجنسية الاصلية ، فبعض الدول تأخذ باساس حق الدم ، ومعناه ان المولود لوالد وطني تثبت له جنسية والده في لحظة ولادته . وبعض الدول تأخذ باساس حق الاقليم ومعناه ان المولود في اقليم دولة تثبت له جنسيتها بغض النظر عن جنسية والده ترجيحا لرابطة الاقليم على رابطة الدم ، وتعزز هذه الرابطة عادة بتوطن الابوين في اقليم الدولة وقت الميلاد [٤].

اما الاسس التي تضعها الدولة لاكتساب الجنسية بعــد الولادة « الجنسية اللاحقة » فهــي : —

أ — تثبيت الصلة بين الفرد ومحل ميلاده ، او الجنسية التي تثبت بحكم القانون بان يولد في دولة ولا يكتسب جنسيتها بمجرد الميلاد ثم يستقر هذا المولود على اقليم هذه الدولة ويقيم فيها فينص القانون على اكتساب هذا الشخص جنسية تلك الدولة عند بلوغه السن المعينة التي هي في الغالب ســن الرشد دون اثر رجعي الى وقت الميــلاد ، ويطلق الشراح على كسب الجنسية في هذه الحالة عبارة كسب الجنسية بحكم القانون أو الجنسية القانونية [٥].

ب — التجنس — بأن يطلب الفرد من دولة معينة اعطاءه جنسيتها فتوافق الدولة على طلبــه اذا استوفى الشروط المقررة في قانون تلك

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، جـ١ ص ١٠٤ .
(٢) الدكتور احمد مسلم ، المرجع السابق ، جـ١ ص ١٠٥ .
(٣) الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ، جـ١ ص ١٠٩ .
(٤) استاذنا الدكتور جابر جاد ، المرجع الـ ، جـ١ ص ٧٥، والدول التي تأخذ باساس حق الاقليم وحده هي ـل امريكا الوسطى وامريكا الجنوبية كالارجنتين والبرازيل . ومنها ا اخذ بحق الدم كالمانيــا والدانمرك والنرويج والسويد والروسيا مع اخذ بحق الاقليم علــى نطاق ضيق جـ ا : استاذنا الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، جـ١ ص ٧٥ — ٧٦ .
(٥) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، جـ١ ص ١١٠ .

الدولــة [١].

جـ ــ الزواج ــ فالزوجة تكتسب جنسية زوجها كنتيجة قانونية حتمية للزواج لا مجال فيها للتقدير او ارادة الزوجة اذ من الواجب ان يأتي الزواج بوحــدة الجنسية في العائلة تأسيسا على جنسية الزوج ، وهذا على رأي البعض . وقال غيرهم ان الزوجة تحتفظ بجنسيتها رغم الزواج ولا محل لان تفرض عليها جنسية زوجها دون عمل ارادي مــن جانبها . وتختلف الدول في نظرتها الى هذا الاساس ، فبعضها يأخذ به فيجعل الزواج طريقا لاكتساب الزوجة جنسية زوجها ، كما فعل المشرع المصري في قانون الجنسية لسنة ١٩٢٩ . ودول اخرى لا تجعل الزواج طريقا لاكتساب الزوجة جنسية زوجها كما فعل المشرع المصري في قانون ســنة ١٩٥٠ [٢].

د ــ تغيير السيادة أو الضم : ــ ومعنى هــذا ان جزءً من اقليم دولة يضم الى دولة اخــرى فيكتسب سكان الاقليم المضموم جنســية الدولة الضامة [٣].

٤٦ ــ فقــد الجنســية : ــ

اذا كسب الفرد جنسية جديدة فانه يفقد جنسيته الاولى، اذ لا محل لأن تتمسك به دولة الاصل بعد ان هجرها وآثر دولة اخرى عليها .
كذلك تفقــد الجنسية بسحبها ممن كسبها ، كمــا تفقد بالاسقاط على سبيل العقوبة [٤].

---

(١) المرجع السابق جـ١ ص ١١١ ــ ١١٢ .
(٢) المرجع السابق جـ١ ص ١١٨ ــ ١١٩ ، ١٢٢ .
(٣) المرجــع الســابق جـ١ ص ١٢٢ .
(٤) المرجــع الســابق جـ١ ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

المبحث الثاني

الجنسية في الشريعة الاسلامية

٤٧ ــ عرفنا مما تقدم ان الجنسية اداة للتعبير عن انتساب الفرد الى دولة معينة ، ذلك الانتساب الذي يعني قيام رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة .

وهذا المفهوم للجنسية عرف في الشريعة الاسلامية وان لم يطلق عليه الفقهاء اصطلاح الجنسية ، والدليل على هذا ان الدولة عرفت في الشريعة الاسلامية كدعوة الى اقامتها وكدولة واقعة بالفعل وهي التي سماها الفقهاء دار الاسلام . كما ان عناصر الدولة من شعب واقليم وحكومة توافرت في الدولة الاسلامية « دار الاسلام » . والافراد وهم المكونون لعنصر الشعب يوصفون بانهم من « اهل دار الاسلام » أي من تبعة الدولة الاسلامية ، كما يوصف الحربيون بانهم من اهل دار الحرب أي من تبعة دار الحرب . وهؤلاء الافراد مرتبطون بالدولة ارتباطا خاصا لا يشبه ارتباط الفرد بالفرد ، لان الدولة الاسلامية ليست فردا وانما هي منظمة سياسية، كما لا يشبه ارتباط الفرد بالامة لان الامة وان لم تكن فردا الا انها ليست منظمة سياسية . فرابطة افراد شعب دار الاسلام بهذه الدار رابطة سياسية لان الدولة الاسلامية ، وهي منظمة سياسية ، طرف فيها ، كما ان هذه الرابطة رابطة قانونية لان آثارا قانونية تنتج عنها ويلتزم بها الفرد والدولة ، وهذه الآثار هي الحقوق التي يتمتع بها الفرد في ظل الدولة ، والواجبات التي يلتزم بها قبلها . ومن هذه الحقوق ، الحقوق العامة والحقوق السياسية ، ومن التزاماته نحوها التكاليف المالية . وقد ذكر الفقهاء هذه الحقوق والواجبات ، كما ذكروا الاحوال التي تنفصم فيها هذه الرابطة « الجنسية » بين الفرد والدولة الاسلامية مثل ردة المسلم ولحاقه بدار

الحــرب .

فرابطــة الجنسية بمفهومها الحديث عرفت في الشريعة الاسلامية كنتيجة حتمية لوجود الدولة الاسلامية التي تحرص الشريعة على اقامتها وبقائها . وكل ما في الامر ان فقهــاء المسلمين لم يسموا هذه الرابطــة باسم الجنسية ، وعدم التسمية لا يعنــي عدم وجود هذه الرابطة بــين الفرد والدولة الاسلامية .

٤٨ — من يتمتع بالجنسية الاسلامية واساسها : —

الشريعة الاسلامية تجعل المسلمين امــة واحدة قال تعالى « وان هذه امتكم امة واحدة وانا ربكم فاعبدون » (١). وقال تعــالى « كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عــن المنكر وتؤمنون بالله » (٢). واساس كونهم امة واحدة هو وحدة العقيدة التي تجمعهم حتى ولو اختلفوا في الجنس أو اللغة أو غير ذلك مما يختلف فيه الناس ، لان عنصر العقيدة الاسلامية يغلب هــذه الاختلافات ويصير المسلمين اخــوة في الدين « انما المؤمنون اخوة » (٣). الا ان انتساب المســلم الى المسلمين كأمة يعتبر من قبيل الروابط الاجتماعية لا السياسية ، لان الامة وحدة اجتماعية لا سياسية ، ولكن الشريعة الاسلامية لا ترضى ان يبقى المسلمون امة فقط وانما تدعوهم الى التحول الى تنظيم سياسي أي الى هيئــة سياسية منظمة أي الى دولة ، لان اغراض الاسلام لا تتحقق كما ينبغي ، واحكامه لا تنفذ كما يجب الا بقيام هذا التنظيم السياسي للمسلمين . ولهذا اقترن هــذا التنظيم السياسي مــع تكوين الجماعة الاسلامية الاولى ، فما ان استقر الرسول صلى الله عليه وسلم واصحابه في المدينــة حتى بدأ عليــه الصلاة والسلام بتكوين الدولة الاسلامية الاولى . وهكذا تحولت الجماعة الاسلامية الاولى الى هيئــة سياسية أي دولة إسلامية فيها جميــع عناصر الدولة الاساسية ، وصــار للفرد

(١) ســورة الانبيــاء جزء ١٧ الآيــة ٩٢ .
(٢) سورة ال عمران ج٤ الآيــة ١١٠ .
(٣) ســورة الحجرات ج٢٦ الآيــة ١٠ .

المسلم رابطة جديدة بالمسلمين لا على اساس انهم امة وحسب ولكن على اساس انهم وحدة سياسية أي دولة . وهذه الرابطة هي رابطة سياسية وقانونية ، طرفاها الفرد المسلم والدولة الاسلامية . فهي رابطة الجنسية كما تسمى في الوقت الحاضر . واساس هذه الرابطة ، بالنسبة للمسلم ، هو الاسلام . أي كون الشخص مسلما يجعله اهلا للانتماء الى الدولة الاسلامية والتبعية لها والارتباط بها قانونا . فكل مسلم ، اذن ، يتمتع بجنسية دار الاسلام على اساس توافر الصفة الاسلامية فيه . ولهـذا « فالاسلام يعتبر في وقت واحـد عقيدة وجنسية . والمسلمون في أي مكان كانوا يعتبرون اخوة في العقيدة والجنسية » [١].

٤٩ — هل يتمتع الذمي بالجنسية الاسلامية ؟

المسلمون في الاصل هم أهل دار الاسلام ، ولكن قد يسكن معهم الذميون والمستأمنون لان الاسلام لا يمنع المسلمين من مخالطة غـير المسلمين ، ولا يمنع هؤلاء من الاقامة في دار الاسلام .

وقد صرح الفقهاء ان الذميين من اهل دار الاسلام ، ففي البدائع « والذمـي مـن اهـل دار الاسـلام » [٢]. ومعنـى هـذا ، ان الذميين يعتبرون من افراد شعب دار الاسلام ومن تبعة هذه الدار . فهم اذن مرتبطون بالدولة الاسلامية بما يسمى برابطـة الجنسية . وهـذا

(١) الشيخ المرحوم احمد ابراهيم ، في بحث له، بعنوان حكم الشريعة الاسلامية في الزواج مـع اتحاد الدين واختلافه المنشور في مجلـة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ١٩٣١ ، العدد الاول ص ١١ .

(٢) البدائع للكاساني جـ٥ ص ٢٨١ . وفي شرح السير الكبير جـ١ ص ١٤٠ « لان المسلمين حين اعطوهم الذمة فقد التزموا دفع الظلم عنهم وهـم صاروا من أهـل دار الاسلام » . وفي فتـح القدير جـ٤ ص ٣٧٥ : « ولانه بعقد الذمة صار من أهـل الدار » . وفي المغنـي لابن قدامة الحنبلي جـ٥ ص ٥١٦ : ... هي لكم اي لاهل دار الاسلام ، والذمي من اهل الدار التي تجري عليه احكامها » . وفي شرح منتهى الارادات جـ٢ ص ٤٢٩ : ... واما كون الذمي فيه كالمسلم فلعموم الخبـر ولانه مـن دار الاسلام » . وانظر ايضـا : المبسوط جـ١٠ ص ٨١ ، وشرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٥٤، وشرح العناية علـى الهداية جـ٤ ص ٣٧٠ ، وفتح القدير جـ٤ ص ٣٦٩ .

واضح ، فكما ان قول الفقهاء ان المسلمين من اهل دار الاسلام يفيد ان المسلمين من تبعة هذه الدار ويحملون جنسيتها ، فكذلك قولهم ان الذميين من اهل دار الاسلام يفيد ان الذميين من تبعة هذه الدار ويتمتعون بجنسيتها .

٥٠ — وقال الاستاذ احمد طه السنوسي ، ان الذميين لا يتمتعون بالجنسية الاسلامية [١]. وحجته ان الذميين لا يتمتعون بنفس الحقوق التي يتمتع بها المسلمون ، ولا يلتزمون بنفس التزاماتهم . فالحقوق السياسية يتمتع بها المسلم ولا يتمتع بها الذمي . والجزية يلتزم بها الذمي دون المسلم . والزكاة تجب على المسلم دون الذمي . وهذا كله يدل على ان الذمي لا يتمتع بالجنسية الاسلامية لانه لو تمتع بها لترتبت له حقوق وفرضت عليه واجبات شبيهة بالتي للمسلم او عليه ، كما هو الحال في الدول الحديثة التي تساوي بين مواطنيها في الحقوق والواجبات .

والواقع ان هذا القول ضعيف ، فالدولة الاسلامية تأخذ بقاعدة المساواة في الحقوق والواجبات بين المسلم والذمي ، ولكنها تستثنى من هذه القاعدة بعض الحقوق والواجبات لابتنائها على العقيدة الدينية . ومن هنا جاء التفاوت ببعض الحقوق والواجبات بين المسلم والذمي . ولكن هذا لا يعني ان الذمي لا يتمتع بالجنسية الاسلامية ، لان الدولة، حتى في وقتنا الحاضر ، قد لا تساوي بين رعاياها الوطنيين — وكلهم يتمتعون بجنسيتها — في بعض الحقوق لا سيما الحقوق السياسية ، ومع هذا يظلون متمتعين بجنسية الدولة ، ولم يقل احد ان عدم تمتع هذا الفريق من رعايا الدولة ببعض الحقوق دليل على عدم تمتعه بجنسية الدولة . فالمواطنون في الدول الحديثة « هم الافراد الذين يتمتعون بجنسية الدولة وذلك بغض النظر عما يكون بين بعضهم والبعض من

(١) فكرة الجنسية في التشريع الاسلامي المقارن ، للاستاذ احمد طه السنوسي ، ص ٤٤، ٥٧ — ٦٣ .

التفاوت في الحيـاة القانونية الداخلية ، وخاصة مـن وجهـة الحقوق السياسية » [١]. فالتفاوت في الحقوق والواجبات بين الوطنيين مسألة داخلية لا تؤثر على تمتعهم بجنسية الدولة .

٥١ ـ اساس الجنسية الاسلامية بالنسبة للذمي :

ذهب البعض الى ان اساس الجنسية الاسلامية بالنسبة للذمي هو التزامه احكام الاسلام [٢]. وقال البعض الآخر ، ان الذميين يتمتعون بما يمكن تسميته بالجنسية الاسلامية بناء على الاقامة غير الموقوتة في دار الاسلام [٣].

ولكن يرد على القـول الاول ان التزام احكام الاسلام بالنسبة للذمي يرجع الى عقد الذمة كما صرح الحنفية [٤] ، او يرجع الى عموم ولايـة الشريعة الاسلامية في دار الاسلام وامكان تنفيذها فيهـا [٥]. كما ان المستأمن يلتزم احكام الاسلام مدة مقامه في دار الاسلام [٦] ، ولا يصير بهذا الالتزام ذميا من تبعة هذه الدار .

ويرد على القول الثاني ان الاقامة غير الموقوتة تترتب على عقـد الذمة ، فهي بعض آثاره . كما ان المستأمن قد يقيم في دار الاسلام مدة غير محدودة اذا لم يحدد الامام مدة اقامته ولم يأمره بالخروج ، ومـع هذا لا يصير ذميا من اهل دار الاسلام .

والذي اراه ، ان اساس جنسية الذمي هو عقد الذمة بالنسبة لمن

---

(١) القانون الدولي الخـاص المصري ، للدكتور عز الدين عبـد الله ، جـ١ ص ٨٩ .
(٢) التشريع الجنائي الاسلامى للمرحوم عبد القادر عودة جـ١ ص ٣٠٧ .
(٣) القانون الدولي الخـاص للدكتور احمد مسـلم ، جـ١ ص ٣٢٦ ، هـامش (١) .
(٤) من ذلك ما قاله الامـام الكاساني في البدائع جـ٢ ص ٣١١ : « انهـم بقبول الذمة التزموا احكامنا » .
(٥) الكاساني جـ٢ ص ٣١١ : « ولان الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة ، الا انه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وامكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها » .
(٦) المبسوط جـ٢٣ ص ١٢١ ، الكاساني جـ٧ ص ١٣٣ ، ٣٣٥ .

يدخل في الذمة عن طريق العقد الصريح ، وهذا صريح اقوال الفقهاء . من ذلك ما قاله الامام السرخسي في مبسوطه : « لانه بعقد الذمة صار من اهل دار الاسلام » [1]. اما في غير هـذه الحالة ، أي بالنسبة لمن يدخل في الذمة عن طريق القرائن الدالة على رضاه ، او بالتبعية لغيره ، او بالغلبة والفتح ، فان اساس الجنسية هـو ارادة الدولة الاسلامية نفسها ، فهي التـي تمنح الذمة ـ الجنسية ـ لغير المسلم ، في هـذه الحالات ، بمحض ارادتها وتقديرها وفقا لقواعد الشريعة ، وما تقتضيه مصلحة الدولة [2] .

٥٢ ـ الجنسية الاصلية والجنسية اللاحقة :

اذا اكتسب الذمي جنسية دار الاسلام في لحظة ولادته فهي جنسية اصلية . واذا اكتسبها بعد ولادته فهي جنسية لاحقة . وتتصور الجنسية الاصلية للذمي في حالة ما اذا ولد للذمي ولد فان هذا المولود يتبع اباه في الذمة من لحظة ولادته ، فيكتسب جنسية دار الاسلام . واذا كـان للذمي ولد صغير عند ارتباطه بعقد الذمة ، فان ولده الصغير هذا يتبعه في الذمـة ايضـا [3] ، فيكتسب جنسـية دار الاسلام وتكون هـذه الجنسية في حقه جنسية لاحقة. وكذلك الزوجة، تدخل في الذمة تبعا لزوجها او اذا تزوجت ذميا [4] فتكتسب جنسية دار الاسلام وتكون هذه الجنسية بالنسبة لها جنسية لاحقة .

---

(١) المبسوط جـ١٠ ص ٨١ . ويلاحظ هنا ، ان الجنسية ، في هـذه الحالة ، وان كان اساسها العقد ولكن مع هذا لا تعتبر نظاما تعـاقديا صرفا ، لان ارادة الدولة فيه اظهر ولها حرية واسعة في اجابة طلب الدخول في الذمـة او رفضـه .

(٢) ويمكن اعتبار الجنسية في هذه الحالة نظاما قانونيا معينا من ايجـاد الدولة الاسلامية وحدها وفقا لقواعد الشريعة . وبهذا تلتقي الشريعة الاسلامية ، في هـذه المسألة ، مـع الراي السائد في الوقت الحاضر بصدد الجنسـية ، اذ تعتبر نظاما قانونيا من خلـق الدولة وحدها : استاذنا الدكتور جابر جاد ، القانون الدولي ، جـ١ ص ٦٤ .

(٣) فقرة ٢٦ ص ٣٥ ، وفقرة ٢٧ ص ٣٧ ، ٣٩ من هذه الرسالة .

(٤) فقرة ٢٦، ٢٧ ص ٢٨، ٢٩ من هذه الرسـالة .

٥٣ ـ فقـد الجنسـية : ـ

يفقد الذمي جنسيته اذا قام بما تنتقض به الذمة كما لو لحق بدار الحرب [١]. الا انـه ما دام لم يظهـر منـه ما تنتقض به الذمـة فان الدولة الاسلامية لا تملك نزع الجنسية عنه .

٥٤ ـ جنسية المسـتامن : ـ

المستأمن اجنبي عن دار الاسلام وليس من اهلها ، اذ هو من دار الحرب وان دخل دار الاسلام بأمان موقت لقضاء حاجة ثم يعود الـى وطنه ، وبهذا صرح الفقهاء فقالوا : « المستأمن من اهل دار الحرب وان دخـل دار الاسلام لا بقصد الاقامـة بل لعارض حاجة ثم يعـود الى وطنـه » [٢]. وفي شرح السير الكبير : « فاما المستأمن فلم يصر مـن اهل دارنا » [٣].

• • • •

وبهـذا ينتهي الباب التمهيدي وقد بينا فيـه ما هي دار الاسلام وما هي دار الحرب . ومن هم غـير المسلمين في دار الاسلام وعلاقتهم بها من ناحية الجنسية .

---

(١) فقرة ٣٠ ص ٣٣ من هذه الرسالة .
(٢) الكاساني جـ٧ ص ٣٢٦، و جـ٥ ص ٢٨١ : لانه ـ اي المستامن ليس من اهل دار الاسلام وان كان فيها صورة .
(٣) شرح السـير الكبـير جـ١ ص ٢٠٧ .

القسم الأوّل

أحكام الذمّيّين والمستأمنين
في علاقاتهم مع الدّولة الاسلاميّة

الباب الاول

حقوق الذميين والمستأمنين وواجباتهم في دار الإسلام

٥٥ ــ منهــج البحث :

تتكلم في هذا الباب عن القاعدة العامة في تمتع الذميين والمستأمنين بالحقوق في دار الاسلام ، والواجبات التي يلتزمون بهــا نحو الدولة ، ثم نفصل هده الحقوق والواجبات • وعلى هذا سنقسم هذا الباب الى الفصول الآتيــة :

الفصل الاول ــ القاعدة العامة في حقوقهم وواجباتهم •

الفصل الثاني ــ في بيان حقوقهم في دار الاسلام •

الفصل الثالث ــ في واجباتهم نحو الدولة •

الفصل الأول

القاعدة العامة في حقوقهم وواجباتهم

اولا ـ الذميون

٥٦ ـ شاع بين الفقهاء القول المشهور عن الذميين « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » . وقد ذكر الامام الكاساني [١] ، في بدائعه ، حديثا بهذا المعنى فقال : « قال النبي صلى الله عليه وسلم : فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » [٢]. وهذا الحديث وان لم يرد في كتب الحديث المعروفة [٣] ، الا ان معناه مقبول عند الفقهاء ، وفيه بعض الآثار عن السلف ، فقد قال علي بن ابي طالب [٤] : « انما قبلوا عقد الذمة لتكون اموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا » [٥]. وفي شرح السير الكبير للامام السرخسي « ولانهم قبلوا عقد الذمة لتكون اموالهم وحقوقهم كاموال المسلمين

(١) الكاساني، نسبة الى مدينة كاسان، وهو علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الامام الكبير الملقب بملك العلماء ، تفقه على محمد بن احمد السمرقندي صاحب « التحفة » وقد شرحها الامام الكاساني في كتابه البدائع وعرضه على شيخه ففرح به وزوجه ابنته فقال الفقهاء في عصره : شرح تحفته وزوجه ابنته توفي سنة ٥٨٧ هـ : الجواهر المضية جـ٢ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٦ .

(٢) الكاساني جـ٧ ص ١٠٠ .

(٣) فتشت عن هذا الحديث في كتب الحديث المعروفة فلم اقف عليه ، وسألت عنه المعنيين بعلوم الحديث فلم يعرفوه .

(٤) علي بن ابي طالب، رابع الخلفاء الراشدين، وابن عم رسول الله (ص) ، واسم ابي طالب عبد مناف . كان (رض) من فقهاء الصحابة المشهورين . قتله عبد الرحمن بن ملجم في رمضان سنة ٤٠ هـ وهو ابن ثمان وخمسين سنة : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩ .

(٥) الكاساني جـ٧ ص ١١١ ، سنن الدار قطني جـ٢ ص ٣٥٠ : من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا .

وحقوقهم » [١]. ويعلل بعض الفقهاء مساواة الذمـي للمسلم في بعض التكاليف المالية بان الذمي بعقد الذمة صار له ما للمسلمين وعليه ما على المسـلمين [٢].

ومن هذا يتضح ان الذميين ، كقاعدة عامة ، كالمسلمين في الحقوق والواجبات . الا ان هـذه القاعدة يرد عليهـا استثناء هـو ان الدولة الاسلامية تشترط للتمتع ببعض الحقوق توافر العقيدة الاسلامية فـي الشخص ولا تكتفـي بتبعيته لها كما سنبينه فيما بعـد . والواقع ان لا غرابة في هذا الاستثناء لان الدول حرة في تنظيم تمتع الوطنيين بالحياة القانونية الداخلية ، فقـد تساوى بينهـم وقد تفرق [٣]. ولا شك ان الدولة عندما تفرق بين الوطنيين في بعض الحقوق انما تقيم هذه التفرقة على اساس اختلافهم في بعض الاوصاف التي تراها كافية لتبرير هـذه التفرقة . والدولة الاسلامية تعتبر الوصف الديني هو الاساس المقبول للتمييز بين الوطنيين في بعض الحقوق ، لانها محكومة بالاسلام ولا تملك الخروج على احكامه ، والاسلام يشترط للتمتع بهذه الحقوق المعينـة توافر العقيدة الاسلامية في الشخص .

والدولة الاسلامية كما تعتبر الوصف الديني مناط التمييز بـين الوطنيين في بعض الحقوق تعتبر ايضا هذا الوصف اساس التفرقة بـين الوطنيين في بعض الواجبات كما يأمر الاسلام . فالزكاة مثلا يلتزم بهـا المسلم دون الذمي ، والجزية يلتزم بها الذمي دون المسلم ، والجهاد بما فيه الدفاع عن دار الاسلام يجب على المسلم دون غيره وان كان يمكـن للذمي ان يساهم في هذا الواجب ويلتزم به كما سنبينه فيما بعد .

والذميون في الجمهورية العربية المتحدة والعراق كالمسلمين في الحقوق

---

(١) شـرح السـير الكبـير جـ٣ ص ٢٥٠ .

(٢) الكاساني جـ٢ ص ٣٧ : ولا يؤخذ من المسلم اذا مر على العاشر فـي السنة الا مرة واحدة ، وكذلك الذمي ، لانه بقبوله عقد الذمة صـار له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين .

(٣) الدكتور عز الديـن عبـد الله ، القانون الدولي الخاص المصـري ، جـ١ ص ٣٥٥ هامش رقم (١) .

والواجبات كما سنبينه فيما بعد .

ثانيا ـ المستأمنون

٥٧ ـ القاعدة في حقوق الاجانب وواجباتهم في الوقت الحاضر :

من المقرر في الوقت الحاضر ان لكل دولة الحق في تحديد مدى ما يتمتع به الاجانب من حقوق في اقليمها، ولكن هذا الحق ليس مطلقا ، اذ هناك حد ادنى من الحقوق يجب ان يتمتع به الاجانب ، وعلى الدولة ان تسمح لهم به والا عدت مخالفة للقواعد العامة الدولية التي تقضي بمراعاة هذا القدر من الحقوق للاجانب . فاذا ما وفرت الدولة للاجانب هذا الحد الادنى من الحقوق فلها ان تقف عنده او تزيد عليه الا اذا كانت مقيدة باتفاقية مع دولة اخرى بشأن حقوق الاجانب من رعاياها فعليها ان تلتزم بنصوص الاتفاقية [١].

وسياسة الدول في تحديد مدى تمتع الاجنبي بالحقوق فيما يجاوز الحد الادنى [٢] تختلف باختلاف اوضاعها الخاصة وظروفها وما تراه ملائما لمصلحتها . فبعض الدول تأخذ بطريقة تشبيه الاجانب بالوطنيين في التمتع بالحقوق الخاصة مع ايراد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة . والبعض الآخر من الدول ، وهو الاكثر ، يجري على طريقة المعاملة بالمثل . ومع هذا فقد تقرر الدولة للاجانب من الحقوق دون ان تعلق ذلك على معاملة التابعين لها بالمثل في دولة اولئك الاجانب [٣].

هذه هي القاعدة في تمتع الاجانب بالحقوق في الوقت الحاضر .

اما القاعدة في التزام الاجانب بالواجبات فهي مساواتهم بالوطنيين ما دامت هذه الالتزامات لا تبني على اساس الجنسية . اما الالتزامات التي تبنى على اساس الجنسية فان الاجانب لا يلتزمون بها . وعلى هذا

---

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد ، مؤلفه السابق، جـ١ ص ٢٦٣ ، والدكتور عبد المنعم رياض ، القانون الدولي الخاص ، ص ١٨٥ .

(٢) ومبدأ الحد الادنى لحقوق الاجانب وان كان مجمعا عليه نظريا من قبل الدول الا انها تختلف في تفاصيله : الدكتور احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، جـ١ ص ٢٩٥ هامش (١) .

(٣) استاذنا الدكتور جابر جاد ، مؤلفه السابق ، جـ١ ص ٢٦٥ ـ ٢٦٧ ، الدكتور عز الدين عبد الله ، مؤلفه السابق ، جـ١ ص ٣٦٥ ـ ٣٦٧ .

فالتكاليف المالية التي تفرضها الدولة على الافراد ، كالضرائب ، يخضع لها الاجانب لان فرضها على الافراد لا يكون على اساس جنسيتهم فقط بل بالنظر الى اقامتهم في الدولة او تملكهم فيها مالا او قيامهم فيها بعمل قانوني او لاستفادتهم من تنظيم الدولة . وواجب الدفاع الوطني او اداء الخدمة العسكرية الالزامية لا يلتزم به الاجنبي لانه يستلزم توافر صفة المواطن في الفرد [١]. ويلتزم الاجنبي دون الوطني ببعض الالتزامات لكونه اجنبيا مثل وجوب قيامه ببعض الاجراءات منذ دخوله اقليم الدولة كتقديمه الاقرارات المطلوبة من الاجانب ، وكحصوله على رخصة الاقامة واعلانه الجهات المختصة بتغيير محل اقامته ونحو ذلك [٢].

٥٨ ــ القاعدة في حقوق المستامنين وواجباتهم في دار الاسلام :

قررت الدولة الاسلامية للمستأمن في دار الاسلام من الحقوق ما يقرب من حقوق الذمي، لان المستأمن، كما قال الفقهاء ، « بمنزلة اهل الذمة في دارنا » [٣]. وعلى هذا ، فالقاعدة العامة ان المستأمن في الحقوق كالذمي الا في استثناءات قليلة اقتضتها طبيعة كون المستأمن اجنبيا عن دار الاسلام كما سيأتي بيانه فيما بعد .

وهذه الحقوق التي يتمتع بها المستأمنون في دار الاسلام مصدرها القانون الداخلي للدولة الاسلامية ، أي الشريعة الاسلامية ، وليس مصدرها قواعد القانون الدولي العام خلافا للرأي السائد بين الدول في الوقت الحاضر ، اذ يرى معظم علماء القانون الدولي العام ان تمتع الاجنبي بالحقوق حق مقرر له مصدره القانون الدولي العام [٤].

وانما كانت حقوق المستأمن في دار الاسلام مصدرها الشريعة

---

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد، المرجع السابق، جـ١ ص ٢٧٧ ، والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، جـ١ ص ٣٨١ — ٣٨٢ .

(٢) الدكتور احمد مسلم ، المرجع السابق ، جـ١ ص ٣١٥ .

(٣) شرح السير الكبير جـ٢ ص ٢٢٦ .

(٤) استاذنا الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، جـ١ ص ٢٦٣ ، الدكتور عز الدين عبد الله جـ١ ص ٣٦١ — ٣٦٣ .

الاسلامية لان هذه الحقوق تعتبر من مقتضيات الامان، والوفاء بمقتضى الامان امر توجبه الشريعة الاسلامية ولا تملك الدولة التفريط فيه لانه غدر وخيانة ، والخيانة منهي عنها في شرعة الاسلام . وتطبيقا لهذا الاصل قرر الفقهاء ان الدولة الاسلامية لا يجوز لها تسليم المستأمن الى دولته بدون رضاه ولو على سبيل مفاداته باسير مسلم ، بل حتى ولو هددتها دولة المستأمن بالقتال اذا ابت تسليمه [1]. لان المستأمن في رعاية الدولة وحمايتها ما دام قد دخل اقليمها بامان ، فمن حقه ان تحميه الدولة ولا تؤذيه او تسبب له الاذى . كذلك قرر الفقهاء ان المستأمن اذا دخل دار الاسلام بمال قليل فان الدولة لا تأخذ منه ضريبة تجارية تستأصل جميع ماله وان كانت دولته تفعل هذا بالنسبة للداخلين اليها من رعايا الدولة الاسلامية ، لان المعاملة بالمثل في هذه الحالة ظلم ولا مجاراة في الظلم [2]. وهذا يؤكد ما قلناه من ان مصدر حقوق الاجنبي في دار الاسلام هو القانون الداخلي ، أي الشريعة الاسلامية ، وما يتضمنه هذا القانون من تمسك بالمثل العليا والقيم الاخلاقية العالية .

ومع هذا فاني لا أرى مانعا من تنظيم حقوق الاجانب بموجب اتفاقيات مع الدول الاخرى شريطة الا يكون في هذه الاتفاقيات خروج على قواعد الشريعة ومبادئها العامة . كما لا أرى مانعا من الاخذ بقاعدة المعاملة بالمثل بشرط ان لا يؤدي الاخذ بها الى الخروج عن مقتضيات العدالة والامان ، ولا يجافي المعاني الاخلاقية الرفيعة . وقد اخذ الفقهاء فعلا بقاعدة المعاملة بالمثل في باب الضرائب التجارية على اموال المستأمنين اذا دخلوا بها للتجارة [3].

٥٩ — والقاعدة في الواجبات كالقاعدة في الحقوق ، أي ان المستأمن كالذمي فيما يلتزمه من التزامات نحو الدولة الاسلامية لما صرح به الفقهاء : ان المستأمن في دار الاسلام بمنزلة الذمي . الا انه يختلف

(١) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٣٠٠ .
(٢) الدر المختار جـ٢ ص ٥٦ .
(٣) المرجع السابق . وسيأتي الكلام عن هذه الضرائب التجارية فيما بعد .

عن الذمي في بعض الواجبات التي اساس التزام الذمي بها كونه من اهل دار الاسلام ، فالجزية مثـلا تجب علـى الذمي باعتباره مـن اهل دار الاسلام، وبدلا عن دفاعه عنها، ولا تجب على المستأمن لانه اجنبي عنها، وان كان الاثنان من غير المسلمين •

****

الفصل الثاني

في بيان حقوق الذميين والمستأمنين

المبحث الأول

الحقوق السياسية

٦٠ ـ للحق في اللغة عدة معان ترجع كلها الى الثبوت والوجوب ، قال تعالى : « لقد حقّ القول على اكثرهم فهم لا يؤمنونّ » أي ثبت ووجب عليهم [١].

وفقهاء الشريعة الاسلامية يطلقون لفظ « الحق » ويريدون به معنى عاما هو الملك بانواعه . وقد يطلقونه ويريدون به معنى خاصا هو الحقوق المطلقة فقط كحق المرأة في حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي معجل صداقها وكحق الشفعة والخيارات . ويطلقونه ويريدون به الحقوق الارتفاقية وهذا هو المعنى الاخص لكلمة الحق عندهم [٢].

اما كلمة السياسة فهي لغة مصدر ساس . ويقال : ساس الرعية ، اذا أمر ونهى فيها . وتطلق على حسن التدبير وجودة الرأي . فاذا كانت قائمة على ما يضعه عقلاء الامة من قوانين وضعية فهي السياسة العقلية ، واذا كانت قائمة على اساس ما شرعه الله لعباده فهي السياسة الشرعية [٣]. وعلى هذا نستطيع ان نقول ان السياسة هي التصرف في شؤون الامة العامة على وجه المصلحة لها ، فان كانت على مقتضى النظر الشرعي وقواعد الشريعة فهي السياسة الشرعية وان لم تكن كذلك فهي

---

(١) الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ١٨٠ . المنجد ص ١٣٩ ، والآية في سورة يس ، جـ٢٢ ، الآية ٧ .

(٢) الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٨١ .

(٣) حقيقة الاسلام واصول الحكم للشيخ المرحوم محمد بخيت المطيعي ص ٦٦ .

السياسة العقلية الوضعية .

٦١ — والحق عند القانونين فائدة مادية او ادبيـة مقررة لشخص قبل غيره يحميها القانون [١].

والحقوق السياسية ، عند القانونيين ، هي الحقوق التي يكتسبها الشخص باعتباره عضوا في هيئة سياسية كحق تولي الوظائف العامـة وحق الانتخاب وحق الترشيح [٢]. او هي الحقوق التـي يساهم الفرد بواسطتها في ادارة شؤون البلاد او في حكمها [٣].

وتتكلم فيما يلي عن تمتع الذميين بهذه الحقوق في مطلب اول ، ثم تتكلم عن تمتع المستأمنين بها في مطلب ثان .

المطلب الأول

تمتع المستامنين بالحقوق السياسية

اولا — حق تولي الوظائف العامـة

٦٢ — تولي الوظائف العامـة في نظر الشريعة الاسلامية ، علـى ما نرى ، ليس حقا للفرد على الدولة وانما هو تكليف تكلفه به الدولة اذا كان اهلا له ، وواجب يقوم به اذا عهد به اليه . ودليلنا على هـذا ما جاء في الحديث الصحيح عن ابي موسى [٤] ، رضي الله عنه ، قال : « دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم انا ورجلان من بني عمي . فقال احدهما : يا رسول الله أمّرنا على بعض ما ولاك الله تعالى . وقال الآخر

---

(١) الفقـه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ ، نقلا عن كتاب نظرية الحق للاستاذ الدكتور محمد سامي مدكور .

(٢) اصول القانون للدكتور السنهوري وحشمت ابي ستيت ص ٢٦٨ .

(٣) القانون الدولي الخاص لاستاذنا الدكتور جابر جاد جـ١ ص ٢٧٢

(٤) ابو موسى ، هو عبد الله بن قيس بن سليمان الاشعري ، احد اصحاب رسول الله (ص) . ارسله النبي (ص) الى اليمن ليعلم الناس ، وولاه عمر بن الخطاب البصرة . ومات في الكوفة سنة ٥٢ هـ : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٢ .

مثل ذلك . فقال : انا ، والله لا نولى هـذا العمل أحدا سأله او واحدا حرص عليه » [١]. فهذا الحديث الشريف صريح في ان تولى الوظائف العامة ليس حقا للفرد علـى الدولة ، اذ لو كان حقـا له لما كـان طلب الوظيفةاو الولاية سببا لمنع طالبها منها، لان صاحب الحق لا يمنع من حقه اذا طلبه او طالب به او حرص عليه .

٦٣ ــ وبعض الوظائف العامـة لا يكلف بها الذمي ، لان طبيعتها تقتضي ان لا يتولاها الا المسلم ، فكان من شرط تقليدها للشخص ان يكون مسلما .. كالخلافة ، أي الامامة [٢] ، والامارة على الجهاد [٣]. لان الامامـة في الحقيقة خلافـة عـن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيـا به [٤]. فكـان من البديهي ان يكون رئيس الدولة الاسلامية مسلما ، وعلى هذا جرى المسلمون في جميع عصورهم . اما اشتراط الاسلام في امارة الجهـاد ، فلان الجهاد يلتزم به المسلم دون الذمي ، وان كان للذميين ان يشتركوا مع المسلمين في الدفاع عـن دار الاسلام ويلتزموا بهذا الواجب كما سنبينه فيما بعد ، فكان من السائغ المقبول ان يكون قائد الجيش مسلما .

وحجب هذه الوظائف القليلة عن الذمي ينبغي أن لا يثير استغرابا ولا دهشة ، لان الوظيفة في نظر الشريعة الاسلامية تكليف لا حق ، كما قلنا . وللدولةان تشترط بعض الشروط الخاصة ــ التي تراها ضرورية ــ

(١) تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول للعلامة المحدث ابن الديبع جـ١ ص ٣٨ ، وصحيح البخاري بشـرح العينـي جـ٤ ص ٢٢٧ ؛ وذكر ابن يتمية هذا الحديث بلفظ : « ان قوما دخلوا على النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : انا لا نولي امرنا هذا من طلبه » : السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦ .

(٢) كتاب الارشاد الـى قواطع الادلة في اصـول الاعتقاد لامام الحرمين الجويني ص ٤٢٧، متن المنهاج ومغني المحتاج جـ٤ ص ١٢٩ ــ ١٣٠ .

(٣) الاحكام السلطانية للماوردى ص ٣٣، والاحكام السلطانية لابي يعلـى ص ٣ .

(٤) مقدمة ابن خلدون ص ١٩١ ، الماوردي ص ٣، وعرفها التفتازاني بانها رياسة عامة في امر الدين والدنيا خلافة عن النبي (ص) : النظريات السياسية الاسلامية للاستاذ محمد ضياء الدين الريس ص ١١١ .

فيمن تكلفه ببعض الوظائف المعينة . كما ان هذه الوظائف القليلة ، التي لا يكلف بها الذمي ، تقوم على اساس العقيدة الاسلامية او تتصل بها ، ويظهر فيها عنصر التدين بارزا ، فكان قصرها على المسلم سائغا مقبولا ، لان الذمي لا يشارك المسلم في امور الديانات ولا فيما يتصل بالعقيدة الاسلامية أو يقوم عليها .

٦٤ — وفيما عدا الوظائف القليلة التي يشترط فيمن يتولاها ان يكون مسلما ، يجوز اشتراك الذميين في تحمل اعباء الدولة واسناد الوظائف العامة اليهم . وقد دل على هذا الكتاب والسنة . ففي الكتاب قوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم ، قد بدت البغضاء من افواههم وما تخفي صدورهم اكبر » [1]. وقد نزلت هذه الآية فيمن كان لهم ذمة وعهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم [2]. وهي لم تنه المسلمين عن اتخاذ بطانة منهم بصورة مطلقة ، وانما قيدت النهي بالقيود الواردة فيها . أي ان النهي منصب على من ظهرت عداوتهم للمسلمين ، فهؤلاء لا يجوز اتخاذهم بطانة . ومعنى هذا ان الذميين الذين لا تعرف لهم عداوة للدولة الاسلامية يجوز للمسلمين اتخاذهم بطانة يستودعونهم الاسرار ويستعينون برأيهم في شؤون الدولة المهمة [3]. ومعنى هذا ايضا جواز اسناد الوظائف العامة اليهم التي هي دون البطانة في المركز والاهمية .

وفي السيرة النبوية ما يؤيد قولنا ايضا . من ذلك ما جاء في كتب السيرة بصدد معركة بدر التي وقعت بين النبي (ص) وبين مشركي مكة ، فقد اسر المسلمون من المشركين ، في هذه المعركة ، سبعين اسيرا وكان من هؤلاء من لا مال له ، فجعل النبي (ص) فداءهم أن يعلموا اولاد الانصار الكتابة بان يعلم الواحد منهم عشرة من غلمان الانصار ويخلي

(١) سورة آل عمران ، جـ٤ الآية ١١٨ .
(٢) تفسير الطبري جـ٤ ص ٦٣ — ٦٤ .
(٣) تفسير المنار جـ٤ ص ٨١ .

سبيله [١]. فهذا الاثر يفيد ان النبي (ص) استخدم غير المسلمين في شأن من شؤون الدولة الاسلامية وهو تعليم بعض المواطنين المسلمين الكتابة . وفي السيرة النبوية ايضا ان النبي (ص) لما توجه الى مكة سنة ست للهجرة ووصل الى مكان يدعى ذي الحليفة « بعث عيناً منه من خزاعة يخبره عن قريش » [٢] وكان هذا العين كافرا [٣] ومع هذا اسند اليه النبي (ص) هذه المهمة الخطيرة . ولا شك ان النبي (ص) أمنه ووثق به واطمأن اليه ، مما يدل على جواز اسناد وظائف الدولة العامة الى الذميين ما داموا اهلا لها من حيث الكفاءة والثقة والامانة .

فالكتاب والسنة ، اذن ، بدلان على جواز اسناد الوظائف العامة الى الذمي ما دام ثقة كفؤا . وهذا في الحقيقة اقصى ما يمكن من التسامح والتساهل مع المخالفين في الدين ، لا نجد له نظيرا في القديم والحديث . وفي ظل هذا التسامح الاسلامي الكريم ، صرح فقهاء الشريعة الاسلامية بجواز تقليد الذمي وزارة التنفيذ [٤]. ووزير التنفيذ يبلغ اوامر الامام ويقوم بتنفيذها ويمضي ما يصدر عنه من احكام [٥] ، فمركزه شبيه بمركز الوزراء فيالدول الحديثة من حيثانهم ينفذون قرارات مجلس الوزراء [٦]. كما نص الفقهاء على جواز اسناد وظائف اخرى الى الذميين كجباية الجزية والخراج [٧].

٦٥ — ونحن اذا تجاوزنا اقوال الفقهاء الى واقع الدول الاسلامية نجد المسلمين في مختلف العصور يشركون الذميين في اعمال الدولة . فعمر بن الخطاب عندما جاءه سبي قيسارية جعل بعضهم في الكتابة

(١) امتاع الاسماع للمقريزي جـ١ ص ٣٩ ، ٤١ .
(٢) زاد المعاد لابن القيم، مطبعة السنة المحمدية سنة ١٩٥٣ جـ٤ ص ٢٠٢
(٣) المرجع السابق جـ٤ ص ٣١٢ .
(٤) الماوردي ، المرجع السابق ، ص ٢٤ — ٢٥ .
(٥) الماوردي ص ٢٥ .
(٦) النظريات السياسية الاسلامية للاستاذ محمد ضياء الدين الريس ص ٢١٥ .
(٧) الماوردي ص ١٢٦ ، والاحكام السلطانية لابي يعلي ص ١٢٤ .

واعمال المسلمين [١]. وسليمان بن عبد الملك عهد بالاشراف والنفقة على بنائه وبناء مسجد الجماعة في بلدة الرملة في فلسطين الى كاتب نصراني يقال له البطريق ابن النقا [٢].

ولما فتح المسلمون مصر أبقوا العمال البيزنطيين ، وكان من هؤلاء شخص يدعي ميناس، كان هرقل قد ولاه اعمال المنطقة الشمالية من مصر • ومن الاشخاص المعروفين « اثناسيوس » الذي شغل بعض مناصب الحكومة في مصر زمن الامويين حتى بلغ مرتبة الرئاسة في دواوين الاسكندرية • وهكذا كانت عادة الامويين في تعيين النصارى في وظائف الدولة ، وقلما خلا منهم ديوان من دواوينها ، حتى كان لمعاوية بن ابي سفيان كاتب نصراني اسمه سرجون • وفي زمن العباسيين عين الخليفة ، ابو جعفر المنصور ، يهوديا اسمه موسى كان احد اثنين في جباية الخراج • وعين الخليفة المأمون احد وجهاء « بورة » من مدن مصر ، اسمه بكام ، رئيسا لبلدته واقليمها • وقد تولى الوزارة في زمن العباسيين بعض النصارى اكثر من مرة، منهم نصر بن هارون سنة ٣٦٩هـ وعيسى بن نسطورس النصراني سنة ٣٨٠ هـ [٣].

ولكثرة اسناد الوظائف العامة الى الذميين في الدولة الاسلامية ، وشيوع هذا الامر ، قال آدم متز احد مؤرخي الغرب : « من الامور التي نعجب بها كثرة عدد العمال والمتصرفين غير المسلمين في الدولة

(١) تاريخ البلاذري ص ١٩٣ . وقد نقلت عن عمر بن الخطاب اخبار تدل على منعه استخدام غير المسلمين في شئون الدولة : انظر كتاب المذمة باستعمال اهل الذمة تاليف محمد بن علي النقاش الشافعي ، مخطوط في دار الكتب المصرية تحت رقم ١٦٩٣ فقه شافعي ص ٨٢ — ٨٣ .
الا ان هذه الاخبار عن عمر بن الخطاب محمولة، في نظرنا ، على وقائع معينة لم ير عمر من المصلحة استخدامهم في شؤون الدولة لا انه كان يرى حرمة استخدامهم . ولا شك ان اسناد الوظائف للافراد امر جوازي ، وللامام سلطة تقدير واسعة في اسناد الوظيفة لشخص ما .

(٢) تاريخ البلاذري ص ١٩٥ .

(٣) اهل الذمة في الاسلام ، تاليف ا. س. ترتون ترجمة حسن حبشي طبعة سنة ١٩٤٩ ص ١٦٩ .

الاسـلامية » [١].

والدولة العثمانية ، وهي الدولة الاسلامية المتأخرة ، جرت على ما جرت عليه دول الاسلام ، وزادت عليه . فكانت تسند الوظائف المختلفة الى رعاياها من غير المسلمين، وجعلت اكثر سفرائها ووكلائها في بلاد الاجانب من النصارى [٢].

٦٦ ـ ومن هذا العرض الذي قدمناه ، يتضح لنا بجلاء ان اختلاف الذميين مع المسلمين في العقيدة لم يقم حائلا دون اشراكهم في ادارة شؤون الدولة وتكليفهم بوظائفها ، وهذا يدل على مدى تسامح الاسلام والمسلمين معهم . وتظهر هذه الحقيقة بجلاء اكبر اذا ذكرنا الامرين التاليين : ـ

الامر الاول ـ ان الدولة الاسلامية دولة فكرية قامت على اساس الاسلام ولغرض تنفيذ احكامه تنفيذا كاملا وسليما في الداخل والسعي الى نشره بكل وسيلة مشروعة في الخارج ، لان الاسلام دعوة عالمية لا اقليمية ، وهذه هي غاية الدولة الاسلامية . قال تعالى : « الذين إن مكناهم في الارض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الامور » [٣]. فدولة هذا شأنها لا يكون مستغربا ان يتولى شؤونها المؤمنون بعقيدتها ونظامها وغايتها . بل لا يكون مستغربا اذا منعت غير المؤمنين بعقيدتها من تولي أي شأن من شؤونها العامة ما داموا لا يؤمنون بما تؤمن به من عقيدة وغاية ونظام ولو حملوا جنسيتها . ولكن مع هذا نجد دولة الاسلام بتوجيه من الاسلام تتسع لغير المسلمين وتفتح صدرها لهم ولا تضيق بهم ، بل تشركهم في اعباء الدولة والمساهمة في ادارة شؤونها ، وهي تعلم انهم يخالفونها في عقيدتها وغايتها .. ان هذا أقصى ما يمكن من التسامح

(١) كتاب الاسلام انطلاق لا جمود للدكتور مصطفى الرافعي منشورات دار مكتبة الحياة سنة ١٩٥٩ ص ١٦ .
(٢) تفسير المنار جـ٤ ص ٨٤ .
(٣) سورة الحج جـ١٧ ، الآية ٤١ .

والثقة بالمخالف في العقيدة • وتبدو لنـا هذه الحقيقة برفعتها وسموها اذا استحضرنا ما أصاب المسلمين في اسبانيا يوم تغلب عليهـم الاعداء واسقطوا حكوماتهم ، وكيف ابادوهم واعملوا فيهم القتل والتشريد ••

الامر الثانـي — ان الدول العقائدية في الوقت الحاضر ، كالدول الشيوعية مثلا، لا تعهد بشؤون الدولة ووظائفها العامةالى غير الشيوعيين وان كانوا مـن رعاياها • وحتى لو اقرت لهـم بالمساواة في الحقوق السياسية مع غيرهم من المواطنين ، فانهـا عملا وواقعا لا تسمح لمـن لا يدين بالشيوعية ان يتولى الوظائف العامـة • بل نكـاد نجزم ان اقصى ما يطمح اليه غير الشيوعيين هو العيش بسلام وأمـان لا يمسهم أذى من دولتهم •

ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

٦٧ — تجري الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر علـى المساواة بين المواطنين في الوظائف العامة ، فتسندها اليهم حسب توافر الشروط القانونية فيهم بغض النظر عن اختلافهم في العقيدة الدينيـة • وهذا طبعا فيما عدا الوظائف الدينية كالامامة والخطابة ونحوها • وقد نص الدستور الموقت للجمهورية العربيـة المتحـدة في مادته السابعة : « المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين او العقيدة » • وكذلك الحال في الجمهورية العراقية، فقد نص الدستور الموقت في مادتـه التاسعة : « المواطنون سواسية امام القانون وفـي الحقوق والواجبات ••• » •

ثانيا — حق الانتخاب وحق الترشيح

٦٨ — قال الفقهـاء يشترط فيمـن ينتخب الامـام « الخليفة » ما يشترط في الامام نفسه [١] ، أي ان يكون مسلما • وعلى هذا يكون حق انتخاب الامام مقصورا على المسلمين ممنوعا عن غيرهم • ومما يؤيد هذا الاتجاه انه لم يرو احد قط ان واحدا من اهل الذمة اشترك فـي

(١) الماوردي ص ٤ •

انتخاب الخليفة في عصر الخلفاء الراشدين ، كما لم ينقل ان اهل الذمة او واحدا منهم طالب بهذا الحق ، مما يدل على ان المفهوم لدى الجميع ان هذا الحق مقصور على المسلمين دون غيرهم •

ولكن نتساءل هنا ، هل يجوز للذميين في الوقت الحاضر الاشتراك في انتخاب رئيس الجمهورية في الدول الاسلامية التي تأخذ بهذا النظام من الحكم ؟ الظاهر لنا الجواز • لان رئاسة الجمهورية في الوقت الحاضر ليست لها صبغة دينية كما كانت في السابق ، فليست هي، اذن، الخلافة التي يتحدث عنها الفقهاء وان بقي لها شيء من معانيها• فرئاسة الجمهورية رئاسة دنيوية وليست هي خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به كما قلنا من قبل في تعريف الخلافة • واذا كان الحال هكذا ، فلا نرى منع الذميين من انتخاب رئيس الجمهورية قياسا على منعهم من انتخاب الخليفة في العهود السابقة • وعلى هذا يجوز للذميين المشاركة في هذا الانتخاب لانهم غير ممنوعين من المشاركة في شؤون الدولة الدنيوية •

اما انتخاب ممثليهم في مجلس الامة وترشيح انفسهم لعضويته فنرى جواز ذلك لهم ايضا • لان العضوية في مجلس الامة تفيد ابداء الرأي وتقديم النصح للحكومة وعرض مشاكل الناخبين ونحو ذلك وهذه الامور لا مانع من قيام الذميين بها ومساهمتهم فيها •

٦٩ ـ والذي يجري عليه العمل في الجمهورية العربية المتحدة هو مساواة الذميين مع المسلمين في حق الانتخاب والترشيح لان القوانين الخاصة بالانتخابات لم تفرق بين مسلم وغير مسلم • كما ان الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته السابعة ساوى بين المواطنين في الحقوق والواجبات • وعلى هذا فهم يشتركون في انتخاب رئيس الجمهورية ، وترشيح انفسهم لمجلس الامة وانتخاب اعضائه •

وكذا الحال في العراق ، لان الدستور الموقت للجمهورية العراقية في مادته التاسعة ساوى بين المواطنين في الحقوق والواجبات • وعلى

هــذا فلهم الحق في المساهمة بانتخاب رئيس الجمهورية واعضاء مجلس الامــة .

المطلب الثاني

تمتع المستامنين بالحقوق السياسية

٧٠ ـ المستأمنون اجانب عن دار الاسلام لانهم من اهل دار الحرب وانما دخلوا دار الاسلام بامان موقت ، فمن الطبيعي الا يكون لهـم نصيب في ادارة شؤون الدولة الاسلامية عـن طريق التمتـع بالحقوق السياسية، ولهذا لم ينص الفقهاء على جواز اسناد الوظائف العامة اليهم .

٧١ ـ واتجاه الدولة الاسلامية في حرمان المستأمنين من الحقوق السياسية هو الاتجاه المأخوذ به من قبـل الدول في الوقت الحاضر . ويجمع كتاب القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص على حرمان الاجانب من الحقوق السياسية . والسبب في هذا الحرمان واضح ، لان هذه الحقوق تفترض توافر صفـة المواطن في الشخص ، والاجنبـي مجرد منهـا [١].

وفي الجمهورية العربية المتحدة ، في الوقت الحاضر ، لا يتمتـع الاجانب بالحقوق السياسية فليس لهم حق الانتخاب ولا حق الترشـيح لعضوية مجلس الامة او المجالس البلدية او القروية . وكذلك ليس لهم حق تولي الوظائف العامة ، مدنية كانت ام عسكرية ، الا في الحـالات الاستثنائية التي يحددها القانون [٢].

وكذلك الحال في العراق ، فلا يحق للاجنبي تولي الوظائف العامة، ولهذا نص قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ ، في مادته السابعة، على ضرورة توافر الجنسية العراقية فيمن يوظف في وظائف الدولة . الا

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد ، القانون الدولي الخاص ، جـ١ ص ٢٧٢ .
(٢) الدكتـور عز الدين عبـد الله ، القانون الدولـي الخـاص المصري ، جـ١ ص ٣٨١ .

انه يجـوز ، استثناء ، استخدام الاجانب في وظائف الدولة كخبراء أو مستخدمين في دوائرها الفنية بقرار من مجلس الوزراء بموجب قانون استخدام الاجانب في وظائف الحكومة رقم ٣٦ لسنة ١٩٢٧ • ولا يحق للاجنبي الترشيح لعضوية مجلس الامة ولا انتخاب اعضائه ، وعلى هذا نص قانون انتخاب النواب رقم ١١ لسنة ١٩٤٦ في مادته الثانية • وليس له الترشيح لعضوية مجـالس الالوية والاقضية ولا انتخاب اعضائها ، وعلى هذا نص قانون ادارة الالوية رقم ١٦ لسنة ١٩٤٥ في مادته السادسة والاربعين • ويمنع الاجنبي ايضا مـن الترشيح او الانتخاب لعضوية المجالس البلدية بموجب قانون ادارة البلديات رقم (٨٤) لسنة ١٩٣١ وتعديلاتـه •

المبحث الثاني

حقوقهـم العامـة

٧٢ ــ الحقوق العامة هي الحقوق اللازمة للانسان باعتباره فردا في مجتمع ولا يمكنه الاستغناء عنها • وهـذه الحقوق مقررة لحمايـة الشخص في نفسه وحريته وماله ، كالحق في التنقل وفي الاعتقاد وحرمة المسكن وغيرها (١)•

وتتكلم فيما يلـي عن هـذه الحقوق بالنسبة للذميين في المطلب الاول من هـذا المبحث ، ثم نتكلم عنهـا بالنسبة للمستأمنين في المطلب الثـاني •

---

(١) اصـول القانون للدكتور السنهوري والدكتـور حشـمت ابي ستيت ص ٢٦٨ .

المطلب الأول

الحقوق العامة للذميين

٧٣ ـ الاصل هو تمتع الذميين في دار الاسلام بجميع الحقوق العامة الا في استثناءات قليلة جدا سيأتي ذكرها .

وهذا الاصل هو المأخوذ به في الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العراقية [١].

ونذكر فيما يلي انواع هذه الحقوق ومدى تمتع الذميين بها .

اولا ـ الحرية الشخصية

٧٤ ـ وهذه الحرية تتضمن حرية الشخص في الرواح والمجيء وحماية شخصه من أي اعتداء [٢]. كما تتضمن عدم جواز القبض عليه او حبسه او معاقبته الا بمقتضى القانون . وتشمل ايضا حريته في التنقل داخل الدولة وخروجه منها وعودته اليها [٣]. وتتكلم فيما يلي عن انواع هذه الحرية .

أ ـ حرية الذمي في الرواح والمجيء وحماية شخصه من الاعتداء : ـ

٧٥ ـ للذمي ان يذهب الى المكان الذي يريده مطمئنا على سلامته وحمايته من أي اعتداء ، فالنصوص العامة تحرم العدوان على الآخرين قال الله تعالى : « ان الله لا يحب المعتدين » [٤] كما تمنع العدوان على الآمنين المسالمين قال تعالى : « فلا عدوان الا على الظالمين » [٥]. والظلم

(١) المادة التاسعة من الدستور الموقت للجمهورية العراقية والمادة السابعة من الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة . وقد ذكرنا نصيهما في ص ٨٣ من هذه الرسالة .
(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق جـ١ ص ٢٧٨ ، الديمقراطية الاسلامية للدكتور عثمان خليل ص ٤٤ .
(٣) المرجع السابق للدكتور عز الدين عبد الله جـ١ ص ٣٧٨ .
(٤) سورة البقرة جـ٢ الآية ١٩٠ .
(٥) سورة البقرة جـ٢ الآية ١٩٣ .

محرم في كل شريعة ، والله تعالى لا يرضى بظلم غير المسلم كما لا يرضى بظلم المسلم . وقد اخبر تعالى انه لا يظلم الناس شيئا ، فدخل في عموم هـذا اللفظ جميع الناس مـن مسلم وغير مسـلم [١]. وفضلا عـن النصوص العامة التي حرمت الظلم، فقد وردت نصوص خاصة في حماية اهل الذمة ودفع الظلم عنهـم ورد أي اعتداء قد يقع عليهـم ، وتوفير الحرية الشخصية لهم . من ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من ظلم معاهدا او كلفه فوق طاقته فانا حجيجه » [٢]. وفي حديث آخر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مـن آذىَ ذميا فانا خصمه ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة » [٣]. وفي عهـد النبي صلى الله عليه وسلم لاهل نجران « ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبي رسول الله ... ولا يؤخذ منهم رجل بظلم آخر » [٤].

وقد نهج المسلمون هذه النهج النبوي الكريم قولا وعملا ، فعمر بن الخطاب اوصى في آخر ايـام حياتـه بأهل الذمـة فقال : « اوصي الخليفة من بعدي بأهل الذمـة خيرا ، ان يوفي بعهدهم وان يقاتل مـن ورائهم وان لا يكلفهم فوق طاقتهم » [٥]. وكان في ايام خلافته يوصي عماله بأهل الذمة ويسأل الوفود عنهم ليتأكد من حسن معاملتهم ، من ذلك ما رواه الطبري في تاريخه ، ان عمر بن الخطاب قال لوفد البصرة : « لعـل المسلمين يفضون الى اهل الذمـة بأذى ؟ فقالوا ما نعلـم الا وفـاء .. » [٦].

وعلي بن ابي طالب يعلن مساواة الذميين للمسلمين فـي حرمـة

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للامام العيني جـ٩ ص ٩٤ .
(٢) الخراج ليحيى بن آدم ص ٧٥ ، سنن ابي داود جـ٢ ص ٢٥٥ .
(٣) الجامع الصغير مـن حديث البشير النذير للسيوطي ، واشار الى ان سنده حسن جـ٢ ص ٤٧٣ .
(٤) الخراج لابي يوسف ص ٧٢ .
(٥) الخراج ليحيى بن آدم ص ٧٤ .
(٦) تاريخ الطبري جـ٤ ص ٢١٨ . والطبري هو ابو جعفر محمد بن جرير الطبري ، فقيه مشهور ومحدث بارع من مصنفاته تاريخ الامم والملوك وكتاب التفسير توفي سنة ٣١٠ هـ : الحديث والمحدثون ص ١٣٢ .

المال والدم فيقول : « انما بذلوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا » [١].

٧٦ — والمسلمون عند فتحهم البلاد لم ينسوا معاملة اهلها، الداخلين في الذمة ، بالعطف والحسنى ومنع أي اعتداء عنهم . من ذلك ما فعله عمرو بن العاص مع اقباط مصر ، اذ رفع عنهم الاضطهاد والاذى ولم يحملهم ما لا يطيقون حتى كسب محبتهم ودانوا له بالطاعة واحبوا ولايته [٢]. والحق ان المسلمين كانوا شديدي العناية باقباط مصر لان النبي (ص) اوصى بهم بالذات ، فقد روي البلاذري في تاريخه ان النبي (ص) قال : « اذا افتتحتم مصر فاستوصوا بالقبط خيرا فان لهم ذمة ورحما » [٣].

والفقهاء من مختلف المذاهب صرحوا بان على المسلمين دفع الظلم عن اهل الذمة والمحافظة عليهم [٤] ، « لان المسلمين حين اعطوهم الذمة فقد التزموا دفع الظلم عنهم وهم صاروا من اهل دار الاسلام » [٥]. وقد خصوا اهل الذمة بالذكر وهم يتكلمون عن وجائب والي الحسبة — المحتسب — فقالوا : انعليهان يمنعالمسلمين منالتعرض لهم بسبّ او اذى ويؤدب من يفعل هذا بهم [٦].

٧٧ — ولم يكتف الفقهاء بما قالوه في حق اهل الذمة بل نجدهم يخاطبون حكام المسلمين بشأنهم ويوصونهم بهم خيرا ، من ذلك ما كتبه الامام ابو يوسف الى هارون الرشيد يوصيه برعايتهم وتفقد احوالهم حتى « لا يظلموا ولا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاقتهم » [٧]. واذا

---

(١) المغني جـ٨ ص ٤٤٥ ، الكاساني جـ٧ ص ١١١ ، الدر المختار جـ٢ ص ٣٠٨ .
(٢) تاريخ الاسلام السياسي للدكتور حسن ابراهيم حسن جـ١ ص ٣١٢ .
(٣) فتوح البلدان للبلاذري ص ٣٠٧ .
(٤) الام للشافعي جـ٤ ص ١٢٧ — ١٢٨ ، المهذب جـ٢ ص ٢٧٢ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٩ ، البحر الزخار جـ٥ ص ٤٦٣ .
(٥) شرح السير الكبير جـ١ ص ١٤٠ .
(٦) الماوردي ص ٢٤٧ .
(٧) الخراج لأبي يوسف ص ١٢٤ — ١٢٥ ، البلاذري ص ٧٩ وما بعدها .

ما بدر من حكام المسلمين شيء يؤذي الذميين فان الفقهاء ينكرون عليهم. من ذلك انكار الامام الاوزاعي على الوالي العباسي صالح بن علي بن عبد الله بن عباس عندما أجلى قوما من اهل الذمة من جبل لبنان . فقد كتب اليه ينكر عليه فعله ويقول له في رسالته هذه : —

« وقد كان من إجلاء اهل الذمة من جبل لبنان ممن لم يكن ممالئا لمن خرج على خروجه ممن قتلت بعضهم ورددت باقيهم الى قراهم ما قد علمت . فكيف تؤخذ عامة بذنوب خاصة حتى يخرجوا من ديارهم واموالهم ، وحكم الله تعالى : الا تزر وازرة وزر اخرى ...

ثم يقول له في رسالته : فانهم ليسوا بعبيد فتكون من تحويلهم من بلد الى بلد في سعة ، ولكنهم احرار اهل ذمة » [1].

والحق ان الامام الاوزاعي ضرب المثل الرائع في دفاع الفقهاء عن اهل الذمة بالرغم من اختلافهم معهم في الدين . وستبقى عباراته : « وحكم الله الا تزر وازرة وزر اخرى .. فانهم ليسوا بعبيد .. ولكنهم احرار اهل ذمة » مفخرة من مفاخر التاريخ الاسلامي قلما نجد لها نظيرا ..

٧٨ — والتزام الدولة الاسلامية بالمحافظة على اهل الذمة لا يقف عند حد حمايتهم من الاعتداء الداخلي ، بل يتناول حمايتهم ضد أي اعتداء خارجي قد يتعرضون له، ولهذا رد ابوعبيدة بن الجراح ما أخذه من جزية من اهل بعض مناطق الشام لما سمع بتجمع الروم ورأى عدم قدرته على الدفاع عنهم [2]. واذا ما وقع الذميون اسرى في يد العدو فعلى الدولة الاسلامية ان تستنقذهم من ايديهم ولو بدفع الفداء عنهم ،

(١) البلاذري ص ٢٢٢ ، الاموال لابي عبيد ص ١٧٠ — ١٧١ .
(٢) المهذب جـ٢ ص ٢٧٢ ، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٥٣ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٩ . الخراج لابي يوسف ص ١٣٩ .

قال الامـــام الليث [١] : « ارى ان يفدوهم من بيت المـــال ، ويقرون على ذمتهم » [٢].

ب ـ عدم جواز القبض على الذمي : ـ

٧٩ ـ ولا يجوز القاء القبض على الذمي او حبسه او معاقبته إلا بمقتضى القانون وبموجب جرم يستوجب مثل هـــذه الاجراءات . لان معاقبته او القاء القبض عليه بدون وجه حق اعتداء صارخ ، والاعتداء عليه ممنوع بالنصوص التي ذكرناها في الفقرة السابقة . كما ان القاعدة في الشريعة الاسلامية هي : لا جريمة ولا عقوبة الا بنص الشرع [٣]. ومقتضى القاعدة والنصوص الواردة في حمايـــة الذمـــي ، ان الدولة الاسلامية ـ وهي محكومة بقواعد الشريعة ـ لا يمكنها ان تمد يدها الى الذمي فتقبض عليه او تحبسه او تعاقبة بغير وجـــه حق ما لم يصدر عنه ما يستوجب ذلك .

وفي دستور مصر لسنة ١٩٥٦ نصوص تمنع مـــن حبس الشخص او القبض على أي واحد بدون حق [٤].

ج ـ حريـــة التنقل والاقامـــة : ـ

٨٠ ـ للذميين حـــق التنقل في دار الاسلام والاقامة حيثما شاؤا وارتياد الاماكن العامة ، لانهم من اهل دار الاسلام فلهم الحرية فـــي استعمال هذا الحق ، ولا يرد عليه الا استثناءات قليلة . وبيان هذا ان الفقهـــاء قالوا ان بلاد الاسلام ثلاثـــة اقســـام : حرم ، وحجاز ،

(١) الليث هو الامام الفقيه الكبير الليث بن سعد بن عبد الرحمن ، قـــال فيه الامام الشافعي : الليث افقه من مالك الا ان اصحابه لم يقوموا به . ولد سنة ٩٤ هـ ومات سنة ١٩٥ هـ : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٥٧ .

(٢) الاموال لابـــي عبيـــد ص ١٢٧ .

(٣) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة جـ١ ص ١١٨ .

(٤) المادة ٣٤ منه : لا يجوز القبض على احد او حبسه الا وفق احكـــام القـــانـــون .

وما عداهما [١]. وللقسمين الاولين احكـام خاصـة تتعلق بموضوع بحثنا على النحو التالي : ـ

« اولا » ـ الحرم ـ وهو مكة وما طاف بها مـن نصب حرمها . وليس لغير المسلم ان يدخل الحرم لا مقيما ولا مارا به ، وهـذا مذهب الشافعية والحنابلة . وقال ابو حنيفة ، له دخوله كالحجاز كلـه ولكن ليس له الاقامة فيه . وحجة الاولين ان القرآن الكريم نهى غير المسلمين عن قربـان المسجد الحرام ، والمقصود به الحرم كله لا المسجد الحرام فقـط [٢].

« ثانيا » ـ الحجاز ـ وهو مكة والمدينة واليمامة وقراها كالطائف وخيبر [٣]. وما سوى الحرم منه ، لا يجـوز ان يستوطنه الذميـون وهـذا ما صـرح به الفقهـاء كالشافعية والحنفية والحنابلة والشيعة الامامية [٤]. واستدل الفقهاء على منع الذميين مـن سكنى الحجاز بما روي ان رسول الله (ص) قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » [٥]. والمراد بجزيرة العرب التي وردت في هذا الحديث وامثاله مثل « لاخرجن اليهود والنصارى مـن جزيرة العرب فلا اترك فيهـا الا مسلما » هو الحجاز . فيمنع غير المسلم من التوطن فيه [٦].

(١) الماوردي ص ١٥١ ، ابـو يعلي الحنبلي في كتابـه الاحكام السلطانية ص ١٧١ .
(٢) المغني جـ٨ ص ٥٣١ ، الماوردي ص ١٦١، ابو يعلي الحنبلي ص ١٧٩ .
(٣) نيل الاوطار للشوكاني جـ٨ ص ٦٥، مغني المحتـاج جـ٤ ص ٢٤٦ ، البحر الزخـار جـ٥ ص ٤٥٩ .
(٤) جواهر الكلام في فقه الشيعة الامامية ، مـن كتـاب الجهاد في المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ . المغني جـ٨ ص ٥٢٩ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٤ ـ ٧٢٥ ، ابـو يعلي الحنبلـي ص ١٧٩ ، الكاسـاني جـ٧ ص ١١٤ ، شرح السـير الكبير جـ٣ ص ٢٥٧ ، الماوردي ص ١٦١ ، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحـل الفاظ ابي شجاع جـ٢ ص ٢٢٥ .
(٥) المغني جـ٨ ص ٥٢٩ ، والحديث رواه الامام احمـد في مسنده جـ٦ ص ٢٧٥ ، المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣ هـ الطبعة الاولى .
(٦) المغني جـ٨ ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠ ، نيل الاوطار جـ٨ ص ٦٥ .

الا ان للذميين دخول الحجاز للتجارة ، فقد كان النصارى في زمن عمر بن الخطاب يتجرون في المدينة . ولكن لا يسمح لهم بالاقامة اكثر من ثلاثة ايام لان عمر بن الخطاب كان يضرب لمن قدم منهم تاجرا او صانعا مقام ثلاثةايام ويخرج بعد انقضائها، وهذا ماصرح به الحنابلة والشافعية والزيدية [1]. الا ان الحنابلة قالوا اذا احتاج الذمي اكثر من ثلاثة ايام ليبيع بضاعته احتمل الامر الجواز ، لما في الجواز من عدم الاضرار به ولا باهل الحجاز ، لان منع الذمي من الاقامة اكثر من هذه المدة، بالرغم من حاجته اليها، قد يمنعه من جلب البضائع الى الحجاز فتفوت مصلحة اهل هذه البلاد [2]. والراجح ترك الامر لولي الامر ليقرر فيه ما يشاء لان ما فعله عمر بن الخطاب من تقدير ثلاثة ايام لاقامة الذمي في الحجاز ليس بحكم شرعي قطعي وانما هو امر اجتهادي مبني على المصلحة التي رآها آنذاك ، فاذا تغيرت المصلحة تغير الحكم الاجتهادي المبني عليها . ولهذا نجد الحنابلة يقولون بجواز تمديد المدة الى اكثر من ثلاثة ايام اذا وجدت حاجة كبيع بضاعة ، وما هذه الحاجة الا وجه من وجوه المصلحة .

د ـ خروجهم من دار الاسلام وعودتهم اليها : ـ

٨١ ـ يسمح للذمي بالخروج من دار الاسلام اذا كان هناك مسوغ للخروج ، كالتجارة مثلا ، مع امن عودته الى دار الاسلام ، لان الممنوع هو خروجه على وجه اللحاق بدار الحرب [3].

٨٢ ـ ما عليه العمل الآن بالنسبة لحرية الذمي الشخصية : ـ

تكلمنا عن الحرية الشخصية بانواعها وقد تبين لنا انها مكفولة للذمي بموجب الاحكام الشرعية، وهي مكفولة له ايضا في الوقت الحاضر

(١) المغني جـ٨ ص ٥٣٠، الماوردي ص ١٦١، البحر الزخار جـ٥ ص ٤٦٠ : وللامام ان يأذن له ـ اي الذمي ـ بالدخول لمصلحة دون اقامة اكثر من ثلاث .
(٢) المغني جـ٨ ص ٥٣٠، ابو يعلي الحنبلي ص ١٨١، الماوردي ص ١٦٢ .
(٣) رد المحتار لابن عابدين جـ٣ ص ٣٤٦ .

في الدول الاسلامية • ففي الجمهورية العربية المتحــدة نص الدستور الموقت في مادته العاشرة : «الحريات العامة مكفولة في حدود القانون» • كما نص في مادته الثامنة : « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » • وفي العراق نص الدستور الموقت لســنة ١٩٥٨ في مادته الحادية عشرة « الحرية الشخصية وحرمة المنازل مكفولتان ولا يجوز التجاوز عليهما الا حسبما تقتضيه السلامة العامة وينظم ذلك بقانون » •

وللذمي ، كما لغيره مــن المواطنين المسلمين ، السفر الــى خارج الدولة اذا لم تر الدولة مانعا من سفره ، ويكون خروجه بموجب جواز سفر رسمي تزوده به السلطة المختصة في الدولة [١]•

ثانيــا ـ حرمــة المســكن

٨٣ ـ ويتمتع الذميون بحرمة المسكن ، فلا يدخل احد عليهم الا باذنهــم ورضاهم ، لان مسكن الشخص موضع اسراره ومحل حيــاته الخاصة مــع افراد عائلته ، وفيه امواله ، فمن الطبيعي ان يكون لهــذا المحل حرمة ، لا يجوز لاحد ان يخرقها او يعتدي عليها ، لان الاعتداء على حرمة مسكن الشخص اعتداء على الشخص نفسه ، وقد قلنــا ان الشريعة الاسلامية تحرم الاعتداء على الذمي • وقد نص القرآن الكريم على المنع من دخول مساكن الغير بغير اذنهم ، قال تعالى : « يا ايها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على اهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون • فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليــم » [٢]• وهــذا النص القرآني الكريم يشــمل بعمومه الذميين ، فلا يجوز لاحد ان يدخل بيوتهم بغير اذن منهم •

(١) انظر المــواد :
المادة (١) من مرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ الصادر في مصر
المادة (٣) من قانون البسبورت ـ جواز السفر ـ العراقي رقــم ٦٥ لســنة ١٩٣٢ •
المادة (٤) من نظام الجوازات السفرية في المملكة السعودية لسنة ١٣٥٨ هـ •
(٢) سورة النــور جـ١٨ الآيتــان ٢٧ ، ٢٨ •

وحرمة المساكن في الجمهورية العربية المتحدة وكذا في العراق مصونة لجميع المواطنين وقد نص على حرمتها الدستور الموقت للجمهورية العراقية لسنة ١٩٥٨ [١].

ثالثاً — حرية العقيدة

٨٤ — اقر الاسلام حرية الاعتقاد للناس ، بمعنى انه لا يكرههم على اعتناق الاسلام وان كان يدعوهم اليه . ولكن الدعوة الى الاسلام شيء ، والاكراه عليه شيء آخر . فالاول مشروع والثاني ممنوع . قال تعالى في الدعوة الى الاسلام : « ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن .. » [٢]. وقال تعالى في الاكراه : « لا اكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي » [٣].

ومن القواعد المقررة في الشريعة الاسلامية بالنسبة للذميين ، قاعدة « تتركهم وما يدينون » فلا تتعرض لهم في عقائدهم . فحرية العقيدة حق مضمون للذميين ، بل ان هذا الحق واضح اذ لو لم يكن مقررا مضمونا لاهل الذمة لما شرع عقد الذمة ولما جاز ، لان عقد الذمة يتضمن اقرار الذمي على عقيدته وعدم التعرض له بسبب ديانته . وقد جاء في كتاب النبي (ص) الى اهل نجران : « ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبي رسول الله على اموالهم وملتهم وبيعهم وكل ما تحت ايديهم من قليل او كثير ... » [٤].

وفي الجمهورية العربية المتحدة وكذا في العراق حرية الاعتقاد مصونة فقد نصت المادة العاشرة من الدستور العراقي الموقت لسنة

---

(١) المادة الحادية عشرة من الدستور الموقت العراقي وقد ذكرنا نصها في صحيفة ٩٤ من هذه الرسالة . وفي الجمهورية العربية المتحدة وان لم ينص الدستور صراحة على حرمة المساكن الا انها تدخل ضمن الحريات العامة المكفولة للمواطنين والمنصوص عليها في المادة العاشرة منه . وفي السعودية، حيث يطبق الفقه الحنبلي، حرمة المساكن مصونة للجميع .

(٢) سورة النحل جـ١٤ ، الآية ١٢٥ .

(٣) سورة البقرة جـ٢ ، الآية ٢٥٦ .

(٤) الخراج لابي يوسف ص ٧٢ .

١٩٥٨ : « حرية الاعتقاد والتعبير مضمونة وتنظم بقانون » كما نصت المادة الثانية عشرة منه على ان : « حرية الاديان مصونة .. » .

وقد كان دستور مصر لسنة ١٩٥٦ ينص في مادته الثالثة والاربعين على ان : « حرية الاعتقاد مطلقة » . الا ان الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة لم ينص على مثل هذه المادة . ولكن حرية العقيدة تدخل ضمن الحريات العامة التي نص عليها في مادته العاشرة . وهذا ما عليه العمل الآن .

وفي السعودية ، حيث تطبق الشريعة الاسلامية ، لا اكراه في الدين ، فلا يكره غير المسلم على تبديل ديانته .

٨٥ — ومما يتعلق بحرية العقيدة بالنسبة للذميين ، حريتهم في انشاء معابدهم كالكنائس والبيع وحكم معابدهم القديمة ، ومدى حريتهم في اقامة شعائرهم الدينية . وهذا كله يحتاج الى بعض التفصيل لان الحكم يختلف باختلاف الاحوال . وخلاصة القول في هذه الامور ما يأتي :

٨٦ — اولا — فيما يخص معابدهم كالكنائس والبيع : —

أ — قال الفقهاء امصار المسلمين ثلاثة : « الاول » — ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وهذه الامصار لا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة . وقال الزيدية يجوز لهم الاحداث اذا اذن لهم الامام بذلك لمصلحة يراها . « الثاني » — ما فتحه المسلمون عنوة ، وهذا لا يجوز فيه احداث شيء من البيع والكنائس . وقال ابن القاسم المالكي [1] يجوز لهم الاحداث اذا اذن لهم الامام بذلك . «والثالث» — ما فتح صلحا . فان جرى الصلح على ان الاراضي لهم والخراج للدولة الاسلامية جاز لهم احداث الكنائس والبيع ، وان صولحوا على ان الدار للدولة الاسلامية ويؤدون الجزية فالحكم في معابدهم على ما يقع عليه

(١) هو عبد الرحمن بن القاسم من اجل اصحاب مالك واعلمهم بفقهه ، وروى عنه « الموطأ » وصحبه عشرين سنة . وقد اشتهر بالفقه والورع توفي في مصر سنة ١٩١ هـ : الديباج المذهب في معرفة اعيان علماء المذهب ، للامام ابن فرحون المالكي ، ص ١٤٦ — ١٤٧ .

الصلح . فان صولحوا على شرط التمكين من احداث الكنائس ونحوها فلهم الاحداث والا فلا . وقال المالكية ما فتح صلحا يجوز لاهله الاحداث مطلقا شرط لهم ذلك او لم يشرط ما دام لا يسكن معهم المسلمون [١].

ب ـ اما في القرى او في موضع ليس من امصار المسلمين فقد اختلف الحنفية : فقال الكاساني صاحب البدائع ، لا يمنعون من احداث الكنائس والبيع في هذه الاماكن [٢]. وقال الامام السرخسي لا يمنعون من ذلك في القرى التي يكون اكثر سكانها من اهل الذمة ، اما القرى التي يسكنها المسلمون فقد اختلف فيها المشايخ من الحنفية [٣]. ففي الدر المختار المنع من الاحداث في دار الاسلام ولو قرية [٤]. ونصر ابن عابدين هذا القول وقال : « وفي الوهبانية انه الصحيح من المذهب » [٥].

وعند الشافعية ـ على ما يظهر ـ يجوز لهم الاحداث في القرى مطلقا فقد جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : « ونمنعهم من احداث كنيسة في بلد احدثناه كالقاهرة والبصرة او اسلم اهله عليه .. وما وجد من ذلك ولم يعلم احداثه بعد الاحداث او الاسلام او الفتح يبقى لاحتمال انه كان ببرية او قرية واتصل بها العمران » [٦].

جـ ـ ولا يجوز لهم احداث الكنائس ونحوها في ارض الحجاز

---

(١) المغني جـ٨ ص ٥٢٦ ـ ٥٢٧ ، شرح الازهار جـ٤ ص ٥٦٨ ، البحر الزخار جـ٥ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٣ ، شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٨ ، منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش جـ١ ص ٧٦١ ، متن المنهاج ومغني المحتاج جـ٤ ص ٢٥٣ ، فتح القدير جـ٤ ص ٣٧٨ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ٧ ص ٢٢٩ ، جواهر الكلام من كتاب الجهاد ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ .

(٢) الكاساني جـ ٧٧ ص ١١٤ .

(٣) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٥٣ .

(٤) الدر المختار جـ٣ ص ٣٧٤ .

(٥) رد المحتار جـ٣ ص ٣٧٤ .

(٦) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ٧ ص ٢٣٩ .

بالاجماع [١].

د ــ الكنائس القديمة في الامصار المفتوحة عنوة ، وهذه لا يتعرض لها ولا يهدم شيء منها ، الا انه ــ كما قال الحنفية ــ ليس لهم اتخاذها معابد وانما لهم اتخاذها مساكن ، وحجتهم ان هذه الامصار لما فتحت عنوة فقد استحقها المسلمون لاقامة شعائرهم فيها فلا يحق للذميين اتخاذها معابد لهم [٢]. اما الشافعية فقد قالوا لا يقرون عليها في الاصح ، وهناك قول ثان في المذهب باقرارهم عليها للمصلحة [٣]. وعند الحنابلة قولان : «الاول» ــ وجوب هدمها لان هذه البلاد ملكها المسلمون لما فتحوها عنوة فلا يجوز ان تكون فيها كنيسة او بيعة كما هو الحكم في البلاد التي اختطها المسلمون . « الثاني » ــ ابقاؤها وعدم هدمها لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئا من الكنائس . وقد كتب عمر بن عبد العزيز الى عماله الا يهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار . ولان الاجماع قد حصل على ذلك فانها موجودة في بلاد المسلمين من غير نكير [٤]. وظاهر القول الثاني للحنابلة ان هذه الكنائس اذا ابقيت ، فانها تتخذ لما اعدت له ، أي معابد لاهل الذمة ، لان الحنابلة لم يقولوا بمنعهم من اتخاذها معابد اذا ابقيت ولم تهدم كما قال الاحناف .

٨٧ ــ القول الراجح :

والقول الراجح من اقوال الفقهاء فيما يخص معابد اهل الذمة هو ما ذهب اليه الزيدية وابن القاسم المالكي من انه يجوز لاهل الذمة احداث الكنائس والمعابد الاخرى في امصار المسلمين وفيما فتحوه عنوة اذا اذن لهم الامام بذلك . لان الاسلام يقر اهل الذمة على عقائدهم ، ومن لوازم هذا الاقرار السماح لهم بانشاء

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٢٣٦ .
(٢) الكاساني جـ٧ ص ١١٤ ، فتح القدير جـ٤ ص ٣٧٨ .
(٣) متن المنهاج ومغني المحتاج جـ٤ ص ٢٥٤ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ٧ ص ٢٢٩ .
(٤) المغني جـ٨ ص ٥٢٧ .

معابدهم الا اذا وجد مانع من ذلك . كما اننا نرجح القول الثاني في المذهب الحنبلي وهو ابقاء كنائسهم القديمة في الامصار المفتوحة عنوة لقوة الادلة التي ذكروها ، كما ان هـذا الابقاء يتفق واقرار الاسلام لاهل الذمة على عقيدتهم وعدم التعرض لهم بشأنها . اما منعهم من الاحداث في ارض الحجاز كما ذهب اليه جميع الفقهاء فلا كلام لنا فيه لان الحجاز لا يتوطن فيه اهل الذمة كما قلنا سابقا .

والذي عليه العمل الآن في الجمهورية العربية المتحدة والعراق السماح للذميين باحداث الكنائس بعد استحصال الاذن من الحكومة حسب الاصول القانونية .

٨٨ — ثانيا — فيما يخص اقامة شعائرهم الدينية :

للذميين الحق في اقامة شعائرهم الدينية داخل معابدهم . ويمنعون من اظهارها في خارجها في امصار المسلمين ، لان امصار المسلمين مواضع اعلام الدين واظهار شعائر الاسلام من اقامة الجمع والاعياد واقامة الحدود ونحو ذلك فلا يصح اظهار شعائر تخالفها، لما في هذا الاظهار من معنى الاستخفاف بالمسلمين والمعارضة لهم . اما في القرى والمواضع التي ليست من امصار المسلمين فلا يمنعون من اظهار شعائرهم الدينية . وهذا مذهب الحنفية [1].

والحنابلة قالوا بالمنع دون ان يفصلوا تفصيل الحنفية . فقالوا يمنعون من اظهار الصلبان وضرب النواقيس ونحو ذلك [2]. والشافعية كالحنابلة في هـذه المسألة ، الا انهم صرحوا بجواز اظهار شعائرهم الدينية اذا انفردوا في قرية [3].

٨٩ — القول الراجح وما عليه العمل الآن :

والذي اراه في هذه المسألة ، ان ذهاب الفقهاء الى القول بمنع الذميين من اظهار شعائرهم الدينية خارج كنائسهم في امصار المسلمين

(١) الكاساني جـ٧ ص ١١٣ ، شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٥١ — ٢٥٢ .
(٢) كشاف القناع جـ١ ص ٧٢١ .
(٣) مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٥٧ .

مبناه مراعاة المصلحة العامة للدولة الاسلامية آنذاك لئلا يحدث من اظهار شعائرهم في امصار المسلمين شيء من الفتنة والاضطراب • فليس المنع اذن منصب على ذات الشعائر الدينية وانما لامر آخر هو ما ذكرناه • ولهذا لم يمنع هؤلاء الفقهاء اظهار شعائرهم الدينية في القرى والمواضع التي ليست من امصار المسلمين ، او في قرى اهل الذمة انفسهم • ولو كان المنع لذات الشعائر الدينية لمنعت في كل مكان • ويعزز رأينا هذا ما جاء في عهد خالد بن الوليد لاهل عانات ، فقد جاء في هذا العهد : « •• ولهم ان يضربوا نواقيسهم في أي ساعة شاؤا من ليل او نهار الا في اوقات الصلوات وان يخرجوا الصلبان في ايام عيدهم » (١)• وقد اعطى خالد بن الوليد مثل هذا العهد لاهل قرقيسياء ، وهي بلدة على نهر الخابور (٢)• وعمرو بن العاص لما فتح مصر اطلق الحرية الدينية للاقباط ورد البطريرك بنيامين الى كرسيه بعد تغيبه عنه ما يقرب من ثلاث عشرة سنة ، بل انه امر باستقباله بكل حفاوة عندما سار الى الاسكندرية (٣)• فهذا وغيره يدل على مدى تسامح المسلمين مع الذميين واعطائهم الحرية الدينية التي تستلزم السماح لهم باقامة الشعائر الدينية ، مما يتفق واقرارهم على عقيدتهم •

وعلى هذا ، فنرى ، في الوقت الحاضر ، ان لولي الامر ان يسمح لاهل الذمة باظهار شعائرهم الدينية في امصار المسلمين وغيرها اذا أمن الفتنة ولم ير مانعا من هذا الاظهار ولا ضررا يترتب عليه • وهذا هو ما يتفق مع الاصل المعروف في الشريعة وهو ترك الذميين وعقائدهم دون التضييق عليهم فيها • وهو ما تجري عليه البلاد الاسلامية في الوقت الحاضر • ففي العراق ، نصت المادة الثانية عشرة من الدستور الموقت على ان : « حرية الاديان مصونة ويجب احترام الشعائر الدينية على الا تكون مخلة بالنظام العام ولا متنافية مع الاداب العامة » • وكان دستور

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٤٦ .
(٢) المرجع السابق ص ١٤٧ .
(٣) تاريخ الاسلام السياسي للدكتور حسن ابراهيم حسن ص ٣١٢–٣١٣.

مصــر لسنة ١٩٥٦ ينص في مادته الثالثة والاربعين على ان : « حريــة الاعتقاد مطلقة وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الاديان والعقائد طبقا للعقيدة المرعية في مصــر على ان لا يخل ذلك بالنظام العام او ينــافي الآداب » .

رابعا — حرية الراي والاجتماع والتعليم

٩٠ — ليس في نصوص الشريعة الاســلامية وقواعدها ما يمنع الذميين من حرية ابداء الرأي والاجتماع . فلهم، اذن، ابداء آرائهم فيما يخص شئونهم وفيما لا علاقة له بالامور الاسلامية ، في حدود القانون الاسلامي والنظام العام للدولة الاسلامية . فلا يجوز لهم ، مثلا ، الطعن في العقيدة الاسلامية بحجة حرية الرأي .

ولهم حرية الاجتماع في حدود القانون الاسلامي اذ ليس هنــاك ما يمنع تمتعهم بهذه الحرية .

اما حرية التعليم ، فهي الاخرى ، لهــم التمتع بها . فلهم تعليــم اولادهم وفق دياناتهم وانشاء المدارس الخاصة بهم . ومما يدل على ذلك ان المسلمين بعد فتح خيبر وانتصارهم على اليهود جمعوا الغنائم وكان فيها نسخ مــن التوراة ، فأمر النبي (ص) بردها الــى اليهود [1].
انه ليس لهــم ان يسيئوا استعمال هذه الحرية او حريــة ابداء الراي فيقوموا ، مثلا ، بالتجوال في انحاء الدولة الاسلامية لحمل المسلمين على الردة عن الاسلام بحجة التعليم وابداء الرأي ، لان الردة جريمة في نظر الاسلام ولا تجــوز المساهمة في وقوع الجريمة ... ولكن لهم — على ما نرى — ابداء محاسن دينهم ، والمجادلة مــع غيرهم بالحسنى ، لان الاسلام ذكر انبياءهم بالخــير وذكر ما في شرائعهم مــن محاسن وامر بمجادلتهم بالحسنى قال تعالى : « ولا تجادلوا اهل الكتاب الا بالتي هي احسن ... » [2]. فالجدال والمناقشة بالحسنى ، في امــور الديانة ،

---

(١) امتــاع الاسماع للمقريزي ص ٣٢٣ .
(٢) ســورة العنكبوت جـ٢٠ الآيــة ٤٦ .

من الامور المباحة للذميين .

وفـي الوقت الحاضر ، يتمتع الذميون بحرية الرأي والاجتماع والتعليم ، في العراق والجمهورية العربية المتحدة . لان الدستور فـي هاتين الدولتين ساوى بين المواطنين في الحقوق والواجبات بغض النظر عن اختلافهم في العقيدة ، وقد ذكرنا النصوص من قبل .

خامسا ـ حق التمتع بمرافق الدولة وكفالة بيت المال

٩١ ـ للذميين حق التمتع بالمرافق العامة للدولة كوسائل المواصلات ومشروعات الري والانارة ومياه الشرب ونحو ذلك . ولهم ايضا التمتع بمرفق القضاء اذا اعتبرناه مرفقا عاما . وفي الحديث الشريف : « الناس شركاء في المـاء والكلأ والنار » [1] ولفظ النـاس بعمومه يشـمل الذميين . ولكن هل لهم حق في بيت المال في حالة عجزهم وحاجتهم ؟

الدولة الاسلامية تكفل المسلم اذا احتـاج كأن يعجز عـن العمل ولا شيء عنده فتعطيه من موارد بيت المـال ما يسد به حاجته . وكفالة الدولة الاسلامية للمحتاجين لا تقتصر علـى المسلمين دون الذميين بل تشملهم ايضا لانهم من رعاياها ومن حقهم عليها ان ترعاهم ، قال صلى الله عليـه وسلم « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، فالامام راع ومسئول عن رعيته » [2]. كمـا ان رعاية الذمي عند الحاجة والعـوز امر يعتبر من الرحمة والاحسان ، والاسلام هو دين الرحمة والاحسان ، قال تعالى « والله يحب المحسنين» [3]. وقال النبي (ص) : « الراحمون يرحمهم الله تعالى، ارحموا من في الارض يرحمكم من في السماء » [4]. ومع هذه النصوص العامة توجد نصوص خاصة في الموضوع تدل على

(١) الاموال لابـي عبيـد ص ٢٩٥ .
(٢) اخرجه الخمسة الا النسائي : تيسير الوصول جـ٢ ص ٣٦ .
(٣) سورة آل عمران جـ٤ الآيـة ١٣٤ .
(٤) اخرجه ابو داود : تيسير الوصول جـ٢ ص ١١٢ .

كفالة الذمي من قبل الدولة الاسلامية . من ذلك ما رواه ابو عبيد [١] ، في كتابه الاموال عن سعيد بن المسيب [٢] انه قال : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بصدقة على اهل بيت من اليهود فهي تجري عليهم » [٣]. وروى الامام محمد بن الحسن ، صاحب ابي حنيفة ، ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث الى اهل مكة مالا ، لما قحطوا ، ليوزع على فقرائهم [٤]. واهل مكة كانوا آنذاك مشركين حربيين ولم يكونوا ذميين ، فاهل الذمة اولى بالبر والرعاية من الحربيين لانهم من رعايا الدولة الاسلامية .

٩٢ — وفي ظل هذه المعاني الاسلامية الكريمة ، والهدى النبوي الشريف ، سار الخلفاء الراشدون وولاة الامور وقادة المسلمين ، فاحاطوا الذميين بالرعاية والعناية وأشركوهم مع المسلمين في كفالة بيت المال عند العجز والحاجة .. فخالد بن الوليد في صلحه مع اهل الحيرة ، في زمن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ، يسجل في صلحه لهم ما يأتي :

« وجعلت لهم ايما شيخ ضعف عن العمل او اصابته آفة من الآفات او كان غنيا فافتقر وصار اهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين ما اقام بدار الهجرة ودار الاسلام » [٥].

ولا شك في ان ما ذكره خالد بن الوليد في صلحه من كفالة بيت المال للذمي العاجز كان امرا معروفا عند المسلمين ، ولابد ان الخليفة ابا بكر

(١) هو الامام الفقيه المحدث اللغوي الحجة ابو عبيد القاسم بن سلام . جمع صنوفا من العلم ، وصنف الكتب في الفقه والحديث واللغة . ولد سنة ١٥٤ هـ وتوفي سنة ٢٢٤ هـ : من ترجمة الحافظ الذهبي ، في مقدمة كتاب الاموال لابي عبيد ص ٢٣ وما بعدها .

(٢) سعيد بن المسيب من فقهاء التابعين في المدينة ، وكان يعد افقه اهل الحجاز ، اخذ علمه عن فقهاء الصحابة . ولد سنة ١٥ هـ ومات سنة ٩٤ هـ : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٢٤ ، وحسن الاثر في التعريف برجال الاثر ص ٤٩ .

(٣) الاموال لابي عبيد ص ٦١٣ .

(٤) شرح السير الكبير جـ١ ص ١٤٤ .

(٥) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

الصديق علمه ولم ينكره ، ولم ينقل لنا انكار من احد على ما فعله خالد فيكون اجماعا [١].

وعمر بن الخطاب يقرر ايضا هذا المعنى ، فقد روى البلاذري في تاريخه :

« ان عمر بن الخطاب عند مقدمه الجابية من ارض دمشق ، مر بقوم مجذومين من النصارى فأمر ان يعطوا من الصدقات وان يجري عليهم القوت » [٢].

وروي الامام ابو يوسف ، في كتابه الخراج ، ان عمر بن الخطاب مرّ بباب قوم وعليه سائل يهودي يقول : شيخ كبير ضرير البصر . فقال له عمر : ما ألجأك الى هذا ؟ قال : الحاجة والجزية ، فاخذ عمر بيده ، وذهب الى منزله واعطاه شيئا ثم ارسل الى خازن بيت المال وقال له : انظر هذا وامثاله فوالله ما انصفناه ان أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم ، وقرأ قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » وقال : والفقراء هم المسلمون ، وهذا من المساكين من اهل الكتاب . ووضع عنه الجزية وعن ضربائه [٣].

ثم وجدنا من حكام المسلمين من يأمر عماله بالتحري عن المحتاجين من اهل الذمة ليجري عليهم العطاء من بيت المال ، لئلا يغفل عنهم ولاة الامور ولا يتقدمون هم بحاجتهم الى الدولة فيبقون تحت وطأة الفقر والعوز ، فقد روى ابو عبيد في كتابه الاموال ان عمر بن عبد العزيز الخليفة الاموي المعروف كتب الى عامله في البصرة عدي بن ارطاة :

---

(١) وهذا اجماع سكوتي . والعلماء يختلفون في حجيته . فاكثر الحنفية واحمد بن حنبل على انه كالاجماع الصريح فهو حجة قطعية . والمالكية والشافعي على انه ليس باجماع لان اركان الاجماع غير متحققة فيه ، فلا يعتبر اجماعا ولا حجة ظنية : المدخل للفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٣٧ ، وكتابنا الوجيز في اصول الفقه ص ١٦٩ — ١٧٠ .

(٢) البلاذري ص ١٧٧ .

(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

« اما بعد .. وانظر من قبلك من اهل الذمة قد كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه ... » [١].

ومن هذا كله نستطيع ان نقول ان الدولة الاسلامية ملزمة باعالة المحتاجين من اهل الذمة ، وهذا الالزام يعتبر صورة رائعة من صور الضمان الاجتماعي الذي طبقته الدولة الاسلامية عملا بتعاليم الاسلام دون التفات الى دين الذمي وعقيدته ، وبالرغم من ان الدولة الاسلامية قامت على اساس الدين الذي لا يدين به الذمي .

٩٣ — هل تجوز كفالة الذمي وسد حاجته من الزكاة ؟

موارد بيت المال غير مقصورة على الزكاة ، فهناك الجزية والخراج والعشور وخمس الغنائم ومال من لا وارث له والودائع والغصوب والعواري التي تعذر معرفة اصحابها وغير ذلك [٢]. وقد قلنا ان الذمي له حق في بيت المال وان الدولة الاسلامية تقرر له ضمانا اجتماعيا عند حاجته فتعطيه من بيت المال ما يسد هذه الحاجة . ونريد ان نتساءل هنا هل يجوز اعطاء الذمي من الزكاة اذا تحققت حاجته ولزمت كفالته

(١) الاموال لابي عبيد ص ٤٥ — ٤٦ . وبيت المال يقابل ما يسمى في الوقت الحاضر بالخزانة العامة فهو الجهةالتي تجبي اليها الاموال من مواردها المقررة لتصرف في مصارفها المقررة شرعا .
ولم يتخذ النبي (ص) بيتا لحفظ مال الدولة لانه كان (ص) يعجل قسمة كل ما اتاه في يومه : حقيقة الاسلام واصول الحكم للشيخ محمد بخيت المطيعي وكان ابو بكر اول من اتخذ للمال بيتا يحفظ فيه ما يبقى من الاموال : تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٨٣ هامش ١ . وقد اعطى الفقهاء لبيت المال خواص الشخصية المعنوية فقالوا ان المال الذي ليس له مالك معين وهو من استحقاق المسلمين فهو من حقوق بيت المال فاذا قبض صار بالقبض مضافا الى بيت المال سواء ادخل الى حرزه ام لم يدخل : الماوردى ص ٢٢٥ . ومذكرات في السياسة الشرعية لتخصص القضاء الشرعي للقاضي محمد البنا طبعة ١٩٤٣ م ص ١٥٩ . والفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤٤١ .

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٣٠ وما بعدها .

من بيت المـال ؟

قال ابن قدامة الحنبلي صاحب المغني : « لا نعلم بين اهل العلـم خلافا في ان زكاة الاموال لا تعطـى لكافر ولا مملوك . قال ابن المنذر واجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم ان الذمي لا يعطي من زكاة الاموال شيئا ولان النبي (ص) قال لمعـاذ اعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ مـن اغنيائهم وترد في فقرائهم ... » [1].

والواقع ان في هذه المسألة شيئا من الخلاف . فالجمهور الاعظم من فقهاء المسلمين من مختلف المذاهب لا يرون اعطاء الذمي شيئا مـن الزكاة محتجين بحديث معاذ: خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم [2]. وقلة من الفقهاء ذهبوا الى جواز الاعطاء ، منهم الامام زفر من الحنفية ، فقد جاء في المبسوط : « ولا يعطى مـن الزكاة كافر الا عند زفر [3] رحمه الله تعالى فانه يجـوز دفعها الى الذمي وهو القياس لان المقصود اغناء الفقير المحتاج على طريق التقرب وقد حصل . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم : خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم . فذلك تنصيص على الدفع الى فقراء مـن تؤخذ من اغنيائهم وهم المسلمون » [4]. وذهب بعض الاباضية الى الجواز ولكن الصحيح عندهم عدم دفعها للذمي الا عند عدم وجـود المسلم المستحق وتعذر ارسال الزكاة الى الامام ، فقد جاء في شرح النيل : « واجاز بعضهم ان تعطى الزكاة لطفل مخالف امـه في الولاية ، وبعض ان تعطى لفقير ذمي ، ذكره في التاج . والصحيح انها لا تعطـي الا لمتول . وان لم يوجد ... والا فلنصراني والا فليهودي

(١) المغني جـ٢ ص ٦٥٣ — ٦٥٤ .
(٢) الجليل للحطاب جـ٢ ص ٣٤٣ ، فتح العزيز جـ٩ ص ٢١١ ، احكام القـرآن للجصاص جـ١ ص ٤٦١ — ٤٦٢ ، الكاساني جـ١ ص ٤٩ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٢٠ .
(٣) هو زفر بن الهذيل بن قيس صاحب ابي حنيفة . قال عنه ابو حنيفة هو اقيس اصحابي . وكان ثقـة في الحديث . ولد سـنة ١١٠ هـ وتوفي سنة ١٥٨ هـ : الجواهر المضية ص ٢٤٤ .
(٤) المبسـوط جـ٢ ص ٢٠٢ — ٢٠٣ .

والا فلمجوسي وذلك كله مع عــدم الامكان وخوف فجأة الموت وعدم وجود سبيل بنحو ارسال » [١]. وذكر الامام الجصاص الخلاف فذكر قول الجمهور وهو المنع واحتج له بحديث معاذ ثم ذكر قــول عبيد الله بن الحسن بجواز اعطاء الزكاة للذمي اذا لم يجد مسلما [٢].

وحديث معــاذ الذي احتــج به الجمهور حديث صحيــح رواه البخاري ومسلم والترمذي وغيرهم . ولفظ البخاري : « ... عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي (ص) بعث معاذا رضي الله عنه الى اليمن فقال ادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله ، فان هم اطاعوا لذلك فاعلمهم ان الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة فان هم اطاعوا لذلك فاعلمهم ان الله افترض عليهــم صدقة في اموالهم تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم » [٣].

وقال القسطلاني في شرح هذا الحديث : « فيــه استدلال بعضهم على عدم جواز نقل الزكاة عن بلد المال لقوله (ص) وترد على فقرائهم . قلت هذا الاستدلال غير صحيح لان الضمير في فقرائهم يرجع الى فقر المســلمين وهو اعــم من ان يكــون للفقراء من اهــل تلك البلدة او غيرهم » [٤]. فالقسطلاني يرى معنى الحديث هــو فقراء المســلمين لا فقراء اهل اليمن كما ذهب اليه بعضهم . وقال ابن دقيق العيد في هذا الحديث : « وقد استدل به على عدم جواز نقــل الزكاة عن بلد المال . وفيه عندي ضعف لان الاقرب ان المراد : تؤخذ مــن اغنيائهم من حيث انهــم مسلمون لا من حيث انهم من اهــل اليمن ، وكذلك الرد علــى فقرائهم . وان لم يكن هذا هو الا ظهر فهو محتمل احتمالا قويا » [٥].

من هذا كله يتضح لدينا ان الحديث الذي استدل به الجمهور على

---

(١) شــرح النيــل جـ٢ ص ١٣٣ .
(٢) احكــام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٢١٥ .
(٣) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للقسطلاني جـ٨ ص ٢٣٤ .
(٤) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للقسطلاني جـ٨ ص ٢٣٤ .
(٥) احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام لابن دقيق العيد ، مطبعة الســنة المحمدية ، سنة ١٩٥٣ جـ١ ص ٣٦٤ .

منع اعطاء الذمي من الزكاة حديث صحيح • وان الجمهور فهم منه عدم جواز اعطاء الذمي من الزكاة وان بعض علماء الحديث جعل احتمال دلالته على غير هذا المعنى احتمالا ضعيفا مرجوحا • ولكن يعكر على ما ذهب اليه الجمهور ما روي ان عمر بن الخطاب لما رأى اليهودي يسأل الناس وسأله عن سبب السؤال واجابه اليهودي انه الكبر والحاجة ، قرأ عمر بن الخطاب قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » ثم قال : والفقراء هم المسلمون وهذا من المساكين من اهل الكتاب [١]• فظاهر استدلال عمر بن الخطاب يدل على جواز دفع الزكاة الى اهل الذمة ، وقد نبه الى هذا المعنى الظاهر الجصاص الحنفي والكاساني في بدائعه ، ولكنهما قالا : ولكن الفقهاء منعوا ذلك لحديث معاذ خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم [٢]• وروى الطبري في تفسيره « عن نافع قال : سمعت عكرمة في قوله تعالى : انما الصدقات للفقراء والمساكين • قال : لا تقولوا لفقراء المسلمين مساكين انما المساكين مساكين اهل الكتاب » [٣]• فهذا القول من عكرمة ، كما يحكيه الطبري ، يشعر بان آية الصدقات تشمل اهل الذمة •

٩٤ — فالمسألة اذن خلافية ، الجمهور على المنع ، وقلة من الفقهاء على الجواز • والمجيزون يؤيد قولهم عموم آية الصدقات وما روي عن عمر وعكرمة • والجمهور يؤيد قولهم الحديث الذي احتجوا به : خذها من اغنيائهم وردها على فقرائهم •

والذي اراه واميل اليه ان الزكاة لا تدفع الى الذمي ما دام هناك مسلم مستحق لها ، اما اذا لم يوجد فقير مسلم فأرى جواز دفعها الى الذمي الفقير المحتاج لان الذمي اهل للتصدق عليه •

وانما ذهبت الى هذا الرأي لان الحديث في غاية الصحة ودلالته

(١) فقرة ٩٢ ص ١٠٤ من هذه الرسالة .
(٢) احكام القرآن للجصاص جـ١ ص ٤٦١ — ٤٦٢ ، الكاساني جـ١ ص ٤٩ .
(٣) تفسير الطبري جـ١٠ ص ١٥٩ .

على المعنى الذي ذهب اليه الجمهور دلالة واضحة ظاهرة لا يمكن اغفالها . فاذا لم يوجد فقير مسلم امكن في هذه الحالة دفعها اليه باعتباره من اهل الصدقة ولان المنع من اعطائه ليس قطعيا .

ولكن اذا لم يعط الذمي من الزكاة باعتباره فقيرا ، فأرى جواز اعطائه باعتباره من المؤلفة قلوبهم ، لان من ضروب التأليف اعطاء غير المسلم من الزكاة ليسلم ، وهذا ما صرح به المالكية والزيدية . واضاف الزيدية على هذا النوع من التأليف ، التأليف لنصرة الامام او القعود عن نصرة اعدائه [1]. ولا شك ان في اعطاء الذمي تأليفا لقلبه على الاسلام ونصرة للدولة وتعلقا بها . فان العطاء من اعظم الامور المحببة للاسلام لا سيما لفقير معوز محتاج ، كما انه يقوي رابطة الشخص بدولته ويهب لنصرتها ونصرة القائمين عليها .

٩٥ — كفالة الذمي في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العراقية ترعى الدولة مواطنيها وقت الحاجة بغض النظر عن دياناتهم ، فقد نص قانون المؤسسات الاجتماعية رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٨ على انشاء المعاهد والمؤسسات لرعاية وتأمين معيشة وسكن وتثقيف الاحداث والايتام والعاجزين [2]. ونص نظام مؤسسات رعاية العجزة رقم ١٠ لسنة ١٩٥٩ على تأسيس مؤسسات لرعاية العجزة لايداعهم فيها وتوفير الرعاية الاجتماعية للشيوخ والمقعدين والمحتاجين وتجهيز هذه المؤسسات بالارزاق والكساء [3].

---

(١) منح الجليل للشيخ عليش جـ١ ص ٣٧٠ ، التاج والاكليل للمواق جـ٢ ص ٣٤٩ — ٣٥٠ شرح الازهار جـ١ ص ٥١٣ : « تأليف كل أحد جائز للامام فقط ولا يجوز ذلك الا لمصلحة دينية نحو ان يتالفه ليسلم او ليحسن اسلامه أو لينصره او ليقعد عن نصرة اعدائه » . ويلاحظ هنا ان الزيدية اجازوا للامام فقط اعطاء غير المسلم من الزكاة على سبيل التاليف . اما المالكية فقد اطلقوا القول ولم يقيدوه بالامام وهذا ما نرجحه ، فيجوز للمسلم ان يعطي الذمي من زكاته على سبيل التاليف اذا تولى هو اخراج زكاته .

(٢) المادة الثانية من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٨ .

(٣) المادتان ١ و٢ من نظام مؤسسات رعاية العجزة رقم ١٠ لسنة ١٩٥٩ .

ونص قانون الاغاثة الاجتماعية رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٨ على تأسيس مؤسسة باسم مؤسسة الاغاثة الاجتماعية ، الغاية منها تقديم المساعدات الى المحتاجين والمعوزين والمنكوبين [١].

كما ان قانون ادارة البلديات رقم ٨٤ لسنة ١٩٣١ وتعديلاته نص على مساعدة واسعاف الفقراء والمحتاجين باعطائهم مرتبات شهرية او منح من وقت الى آخر [٢]. وهذه النصوص التي جاءت في هذه القوانين العراقية تشمل جميع العراقيين بغض النظر عن اختلافهم في العقيدة والدين .

وفي الجمهورية العربية المتحدة ، كان دستور مصر سنة ١٩٥٦ ينص : للمصريين الحق في المعونة في حالة الشيخوخة وفي حالة المرض او العجز عن العمل . وكلمة المصريين جاءت عامة تشمل المسلم وغير المسلم .

سادسا ـ حرية العمل

٩٦ ـ وللذميين حرية العمل في دار الاسلام ومباشرة النشاط الاقتصادي الذي يرغبون فيه ومزاولة العمل الذي يريدونه ، فقد قال الفقهاء ان الذميين في المعاملات والتجارات والبيوع وسائر التصرفات كالمسلمين الا ما استثنى من معاملات الربا فهي محظورة عليهم كالمسلمين، لان النبي عليه الصلاة والسلام كتب الى مجوس هجر: اما ان تذروا الربا او تأذنوا بحرب من الله ورسوله . وهذا في نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة ، وان الذميين كالمسلمين في حرمة التعامل بالربا [٣]. كما يمنع الذميون من بيع الخمور والخنازير في امصار المسلمين او ادخالها في الامصار على وجه الشهرة والظهور، الا ان لهم بيعها في قراهم وامصارهم او في موضع ليس من امصار المسلمين ولو كان فيه مسلمون [٤].

(١) المادتان ١ و٢ من القانون المذكور .
(٢) انظر المادة ٤٤ ـ ز ـ من القانون المذكور .
(٣) احكام القرآن للجصاص جـ٢ ص ٤٣٦ ، الكاساني جـ٥ ص ١٩٣ .
(٤) شرح السير الكبير جـ٢ ص ٢٥١ ، ٢٥٤ . الكاساني جـ٧ ص ١١٣ .

والخلاصة فليس في الشريعة الاسلامية ما يحول دون تمتع الذميين بحرية العمل الا في المسائل التي ذكرناها ، ولهذا كانوا يباشرون انواع التجارات والاعمال ، من ذلك جلبهم الطعام من الشام الى المدينة [1]. وقد كان من اهل الذمة اصحاب الصنائع التي تدر ارباحا وفيرة كما كان منهم الصيارفة والاطباء واصحاب الضياع [2].

٩٧ — وللذميين في الوقت الحاضر ، في العراق والجمهورية العربية المتحدة ، حرية العمل ومباشرة النشاط الاقتصادي الذي يرغبون فيه وممارسة الاعمال بصورة فردية وبتأليف الشركات . فهم والمسلمون سواء في حرية العمل . وكان دستور مصر في سنة ١٩٥٦ ينص في مادته الثانية والخمسين : « للمصريين حق العمل وتعني الدولة بتوفيره » . وهذا النص وان لم يرد في دستور الجمهورية العربية المتحدة الموقت الا انه يندرج في نطاق الحقوق العامة التي نص هذا الدستور على تمتع جميع المواطنين بها . وكذلك الحال في العراق فان الدستور الموقت لم ينص على حق للعمل للمواطنين ومع هذا فهو يندرج ضمن الحقوق العامة التي نص عليها هذا الدستور لجميع المواطنين .

المطلب الثاني

الحقوق العامة للمستأمنين

٩٨ — من المقرر في الوقت الحاضر بين الدول ان الدولة تجعل

(١) شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٤ ، المغني جـ٨ ص ٥٣٠ ، ابو يعلي الحنبلي ص ١٨١ ، الماوردي ص ١٦٢ .

(٢) كتاب الحضارة الاسلامية في القرن الرابع الهجري تأليف آدم متز وترجمة محمد عبد الهادي ابو ريده طبعة سنة ١٩٤٠ في القاهرة صحيفة ٦٥ . وقد كان الخلفاء العباسيون يتخذون اطباء من اهل الذمة، فهارون الرشيد كان طبيبه جبرائيل بن بختيشوع وكانت له منزلة كبيرة عنده : اهل الذمة في الاسلام تأليف ا. س ترتون ، ترجمة حسن حبشي طبعة ١٩٤٩ ص ١٦٩ .

القاعدة في تمتع الاجانب بالحقوق العامة تشبيههم بالمواطنين . الا ان هذا التشبيه لا يعني انه من الضروري مساواتهم مع المواطنين ، وانما يعني ان الدولة يجب ان تعترف لهم بالحد الادنى من هذه الحقوق الذي يكفله القانون الدولي العام للاجانب ، لان الحقوق العامة تعتبر مقومات الشخصية الانسانية ويترتب على تجريد الانسان منها اهدار انسانيته ، ولهذا قرر معهد القانون الدولي عند انعقاده في نيويورك سنة ١٩٢٩ اعتبار هذه الحقوق حقوقا دولية للانسان [١]. واذا رفضت الدولة الاعتراف للاجانب بالحقوق العامة اعتبرت مخالفة لقواعد القانون الدولي العام وتقررت مسؤوليتها [٢].

٩٩ — والمستأمنون في دار الاسلام ، بالرغم من كونهم اجانباً ، فان الدولة الاسلامية قررت لهم من الحقوق العامة ما يقرب جدا من الحقوق العامة للذمي كما سنرى فيما بعد . وعلى هذا فان الحد الادنى من الحقوق العامة الذي يقرره القانون الدولي العام في الوقت الحاضر بالنسبة للاجانب متيسر للمستأمنين في ظل الدولة الاسلامية .

وسنذكر فيما يلي هذه الحقوق التي يتمتع بها المستأمن في دار الاسلام ، ونذكر اولا مدى حقه في دخول دار الاسلام .

اولا — حق المستامن في دخول دار الاسلام

١٠٠ — يرى غالبية علماء القانون الدولي العام ان الاجنبي يتمتع بحق الدخول في اقليم بلد اجنبي . وهذا الحق مصدره القانون الدولي العام ، وتقضي به المعاملات الدولية وما بين الدول من تعاون . وهناك رأي آخر يقول ان للدولة الحق في تنظيم دخول الاجانب في اقليمها ، فلها ان تمنع دخولهم ، ولها ان تقبل دخولهم وفق شروط معينة ، ولا يوجد ما يلزم الدولة الزاما قانونيا بقبول دخول الاجانب في

(١) الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ، جـ١ ص ٣٧١ — ٣٧٢ .
(٢) استاذنا الدكتور جابر جاد، القانون الدولي الخاص ، جـ١ ص ٢٧١ .

اقليمهـا [١].

١٠١ ـ واذا ما نظرنا الى هـذه المسألة بالنسبة الى دار الاسلام فاننا نلاحظ ان الدولة الاسلامية ليست دولة مغلقة الابواب في وجوه الاجانب ، بل العكس هو الصحيح . فالاجنبي يدخل دار الاسلام بأمان من قبل آحاد المسلمين . والدولة الاسلامية قامت على اساس الاسلام وتحمل فكرته وتدعو اليها ، فلا عجب في فتـح ابوابها للاجانب ليروا محاسن الاسلام وعدالته ويخالطوا المسلمين ، اذ قد يدعوهم ذلك الى الاسلام ، وفي هذا غنيمة للمسلمين ، قال النبي الكريم (ص) : « لان يهدي الله بك رجلا خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت » [٢].

فالدولة الاسلامية ، اذن ، وهذه هي طبيعتها وغايتها ، لا يمكن ان تضيق بدخول الاجانب في اقليمها ، فضلا عما يترتب علـى دخولهم من تسهيل التعامل التجاري واستيراد البضائع وتصديرها .

١٠٢ ـ ولكن هل هناك الزام شرعي يلزم الدولة الاسلامية بقبول الاجانب في اقليمها ؟ للجواب ، يجب ان نفرق بين حالتين : ـ

الحالة الاولـى :

اذا طلب الحربي امانا ليدخل دار الاسلام ليسمع كلام الله ويعرف شرائع الاسلام . ففي هـذه الحالة تجب اجابته ، ثم يرد الى مأمنه ، لقوله تعالى : « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » [٣].

الحالة الثانيـة :

وفي غير الحالة الاولى ، كمـا لو طلب الحربي امانـا ليدخل دار

---

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد ، القانون الدولي الخاص ، جـ١ ص ٢٨١ وهامش ٥، والدكتور عز الديـن عبـد الله ، المرجع السـابق ، جـ١ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣ .

(٢) الجامع الصغير للسيوطي جـ٢ ص ٣٤٤ ، وقد روي هـذا الحديث بلفظ آخر ، انظر معاني الآثار للطحاوي جـ٢ ص ١١٨ .

(٣) كشاف القناع جـ١ ص ٦٩٦ ، شرح منتهى الارادات جـ١ ص ٧٣٦ ، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٣٧ .

الاسلام للتجارة ، لا يوجد الزام شرعي علـى الدولة الاسلامية يلزمها باجابة طلبه ، وانما الامر متروك لتقدير الدولة فلها ان تجيب الطلب ولها ان ترفضه (١).

ومع هذا ، فقد نجد في الآية الكريمة « وان احـد من المشركين استجارك فأجره ... الخ » ما يشـير الى ان المرغوب فيـه هو اعطاء الامان لمن يطلبه الا اذا كان في اعطائه مفسدة وفقا لتقدير الامام . لان دخول الاجنبي دار الاسلام يؤدي الى اطلاعه علـى محاسن الاسلام وشرائعه واحكامه ، فيكون دخوله متضمنا في جميـع الاحوال معنى قوله تعالى : «حتى يسمع كلام الله »، وان لم يطلب الاجنبي الامان لهذا الغرض بالذات . وعلى هذا ، فاذا لم تجب اجابة طلب الامان ، في هذه الحالة ، فانها على الاقل تترجح ولا ينبغي رفض طلب الامان الا لمسوغ شـرعي .

١٠٣ ـ ما عليـه العمل الآن :

تجري الدول الاسلامية في الوقت الحاضر ، كالجمهورية العربية المتحدة والسعودية والعراق ، على اساس مراعاة مبدأ قبـول الاجانب فيها . وتشترط لدخولهم شروطا خاصة مثـل توافر جواز السفر عند الاجنبي وتأشيرة الدخول وغير ذلك (٢).

---

(١) مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٣٧ : ولا تجب اجابة من طلب الامان الا اذا طلبه لسماع كلام الله تعالى فتجب قطعا .

(٢) في الجمهورية العربيـة المتحدة يشترط لدخـول الاجنبي ان يكون حاملا جواز سفر ساري المفعول صادرا من سلطات بلـده المختصة ، وان يكون مؤشرا عليه من قبل وزارة الداخلية او من سلطة سياسية او قنصلية مصرية (عربية) او من هيئـة اخرى تنتدبها الحكومة : المادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ . كمـا تنص المادة الثانية منه : « لا يجوز دخول الاراضي المصرية او الخروج منها الا من الاماكن التي تنظم فيها الرقابة على الجوازات وبأذن من الموظف المختص بالرقابة » .

وفي المملكة العربية السعودية ينص نظام الجوازات السفرية الصادر سنة ١٣٥٨ هـ في مادته الاولى : « على كل قادم الى المملكة العربيـة السعوديةان يؤشرعلىجوازهمنمعتمد الحكومةالعربيةالسعودية ←

ويلاحظ هنا ان الدول الاسلامية تحصر اعطاء الامان للاجنبي بها دون غيرها من آحاد المواطنين، وهذا الامان يتمثل بـ «تأشيرة الدخول» التي تمنحها السلطات المختصة للدولة في الخارج حسب الشروط المقررة في قانون الدولة . وهذا الاتجاه — أي حصر اعطاء تأشيرات الدخول بالدولة فقط — ينسجم مع روح الفقه الاسلامي ويلائم طبيعة الامـان وما يترتب عليه ، ويتفق مع ما ذهب اليه بعض الفقهاء من وجوب قصر منح الامان على الامام اذا نهى الرعية عنـه كما ذكرنا من قبل ، ويتفق ومقتضيات العصر الذي نعيش فيه وطبيعة الدول الحاضرة .

ثانيا — مدة اقامـة المسـتأمن

١٠٤ — قال الاحناف ، اذا دخل الحربي دار الاسلام بأمان فلا يمكّن من الاقامة الدائمة او الطويلة وانما يسمح له بالاقامة اليسيرة ، لان في طول اقامتـه ضررا علـى الدولة الاسـلامية اذ قد يكـون جاسوسا . وقدروا هـذه المدة اليسيرة بأقل من سنة (١).

وعند الحنابلة يجوز ان تكون مدة الامان اكثر مـن سنة ولكن

← في الخـارج ... » .

ونص نظـام الاقامة السعودي الصادر سنة ١٣٧١ هـ في مادتـه الثالثة : « لا يعتبر دخول الاجنبي الى اراضي المملكة او خروجه منها مشروعا الا اذا كـان : أ — عن طريق البحر — من الموانىء المخصصة لذلك . ب — عـن طريق البر مـن مراكز الحدود المعـدة لذلك . جـ — عن طريق الجو من المطارات المدنية المصرح بالهبوط فيها » .

وفي العراق نص قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ في مادته الثانية : « لا يجوز دخـول الاجنبي اراضي الجمهورية العراقية او الخروج منها الا وفق الشروط التالية : ان يكون حاملا جواز سـفر ساري المفعول صادرا من سلطة مختصة في بلده او اي سلطة اخرى معترف بها . ان يكون حائزا على سـمة الدخول مؤشرة في جـواز سـفره » .

وقد عينت المادة الرابعة شروط منح سمة الدخول ومنها الا يكـون مانع من دخوله العراق يتعلـق بالصحة العامة او الامن او الآداب العامـة الـخ .

(١) شرح الكنز للزيلعي جـ٣ ص ٢٦٨ .

ولكن اذا لم يحدد له الامام مدة معينة ، او لم ينذره بالخروج ، فان اقامته قد تطـول الى اكثر من سنة : انظر فقرة «٢٦» ص ٣٣ مـن هـذه الرسـالة .

يجب ان لا تزيـد عن عشر سنوات [١]. ومعنى ذلك ان للمستأمن ان يقيم في دار الاسلام اكثر من سنة اذا لم تحدد مدة امانه بأقل من سنة .

وعند الشافعية ، يجب ان لا تزيد مدة الامان على اربعة اشهر ، وفي قول في المذهب يجوز ما لم تبلغ سنة ، اما السنة فلا تجوز قطعا . وهذا في حق الرجال المستأمنين ، اما النساء فلا يحتاج فيهن الى تقييد الامان بالمدة المذكورة . ويعللون ذلك بان تقييد امان الرجال المستأمنين باربعة اشهر لئلا يتركوا في دار الاسلام بلا جزية ، اما المرأة فليست من اهل الجزية ولهذا افترقت عن الرجل في مدة الاقامة [٢].

١٠٥ ـ القول الراجح ، وما عليه العمل الآن :

والذي اراه ، ان ما ذكره الفقهاء في تحديد مدة اقامـة المستأمن انما هو من الامور الاجتهادية المحضة ، وليس هو بحكم شرعي ملزم للدولة الاسلامية . وعلى هذا فللامام ان يقدر للمستأمن المدة التـي يراهـا مناسبة لاقامته في دار الاسـلام على ضـوء الحاجة والمصلحة ولا يتقيد بمدة معينة .

والذي عليه العمل الآن ، ان قوانين الدول الاسلامية تنظم اقامة المستأمن ولا تتقيد بما ذكره الفقهاء . ففي الجمهورية العربية المتحدة ينظم المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ اقامـة الاجنبي في اراضيها والاجراءات التي يلزم بها منذ قدومه الى اقليمها [٣].

وفي المملكة العربية السعودية ينص نظام الاقامة لسنة ١٣٧١ هـ على القواعد التي تنظم اقامة الاجنبي باراضيها من ذلك ان على الاجنبي

(١) كشاف القناع جـ١ ص ٦٩٥ ، شرح منتهى الارادات جـ١ ص ٧٣٦ : وشرط الامان عدم ضرر علـى المسلمين فيه وان لا تزيد مدته علـى عشـر سـنين .

(٢) متن المنهاج ومغني المحتاج جـ٤ ص ٢٣٨، الماوردي ص ١٤١ــ ١٤٢ .

(٣) انظر المواد ١ ــ ١٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ . ومن جملة ما نصت عليه هذه المواد ما جـاء في المادة التاسعة ، وفيها ، ان يكـون الاجنبي حاملا ترخيصا بالاقامة واذا اراد تمديد مدة اقامته فعليه مراجعة وزارة الداخلية قبل انتهاء مدة اقامته .

مغادرة البلاد اذا انتهت مدة اقامته الممنوحة له عند اعطائه تأشيرة الدخول من السلطات السعودية الا اذا جددت مدة اقامته [١]. وله ان يحصل على رخصة الاقامة بطلب كتابي مسبب وتكون مدتها سنة قابلة للتجديد [٢]. الا انه « لا تمنح رخصة الاقامة الدائمة لاجنبي الا بعد مرور ستة اشهر من دخوله الى المملكة يكون خلالها تحت نظر الجهة المختصة بمراقبة الاجانب للاقتناع بوجاهة اسباب اقامته » [٣].

وفي العراق نظم قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ المسائل المتعلقة بدخول الاجنبي ارض العراق واقامته فيها ومدة هذه الاقامة وشروط تجديدها او رفض تجديدها [٤].

ثالثا ـ الحرية الشخصية

حرية المستامن في الرواح والمجيء وحماية شخصه من الاعتداء :

١٠٦ ـ للمستأمن الحرية في الرواح والمجيء وحماية شخصه من أي اعتداء ، او حبسه او معاقبته بغير وجه حق لانه استفاد العصمة لنفسه وماله بالامان الذي اعطيه . وقد قال الفقهاء يجب على امام المسلمين ان ينصر المستأمنين ما داموا في دارنا ، وان ينصفهم ممن يظلمهم، كما يجب عليه ذلك في حق اهل الذمة، لانهم تحت ولايتنا [٥].

وذهب الفقهاء في حماية المستأمن والمحافظة عليه الى حد يدعو الى

---

(١) المادتان ٢٧، ٣٥ من نظام الاقامة السعودي لسنة ١٣٧١ هـ .
(٢) المادتان ٣٦، ٣٧، من نظام الاقامة السعودي .
(٣) المادة ٣٢ من نظام الاقامة السعودي .
(٤) من ذلك ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون المذكور :
١ ـ على كل اجنبي يرغب في البقاء في الجمهورية العراقية اكثر من المدة المسموح له بها بالسمة ان يحصل قبل انتهاء تلك المدة على وثيقة اقامة من ضابط الاقامة لمدة لا تزيد على سنة وله قبل انتهاء هذه المدة بشهر واحد ان يطلب تجديدها من ضابط الاقامة سنة اخرى ويجوز ان يتكرر ذلك لعدة مرات .
٢ ـ للمدير ان يرفض منح الاجنبي الاقامة او تمديدها عند وجود ما يستدعي ذلك .
(٥) شرح السير الكبير جـ٤ ص ١٠٨ ـ ١٠٩ .

الاعجاب والاكبار ، فقد قالوا : لا يجوز مفاداة المستأمن بالاسير المسلم ولو طلب اهل الحرب ذلك الا برضا المستأمن نفسه ، ولا يجوز تسليمه الى اهل دار الحرب ولا الى دولته حتى لو هددونا بقتالنا اذا لم نسلمه اليهم، لان المستأمن في اماننا ويبقى آمنا عندنا حتى يبلغ مأمنه ، فتسليمه غدر باماننا لا رخصة فيه فلا يجوز [١].

وهذا الاتجاه من فقهاء الشريعة الاسلامية يدل دلالة واضحة على مدى حرصهم على رعاية الامان والحفاظ على حرية المستأمن والابتعاد عن كل عمل قد يدخل في نطاق الخيانة وعدم الوفاء بمقتضيات الامان .

تسليم الاجانب الى دولهم في الوقت الحاضر :

١٠٧ — والدول الحاضرة لا تبلغ هذا المدى في رعاية حرية المستأمن ، فهي تأخذ بمبدأ جواز تسليم الاجانب ، اللاجئين ، الى دولهم اذا طلبتهم وكانوا متهمين بارتكاب جرائم معينة . ويتم تسليمهم وفقا للشروط المتفق عليها بين الدول اذا كان فيما بينها معاهدات في هذا الشأن وفي حدود قوانينها التي تنظم اجراءات التسليم ان وجدت مثل هذه القوانين . فاذا لم توجد معاهدة تسليم ولا قانون داخلي بهذا الموضوع فيتبع في التسليم ما استقر عليه العرف الدولي [٢].

والدول الاسلامية الحاضرة تنهج هذا النهج فتأخذ بمبدأ جواز تسليم الاجانب ، الموجودين على ارضها والمتهمين بارتكاب جرائم ، الى دولهم اذا طلبتهم ، طبقا للاتفاقيات المعقودة بينها وبين دول هؤلاء ووفقا لتشريعاتها الخاصة ان وجدت .

فالجمهورية العربية المتحدة تستجيب لطلبات الدول الاخرى بشأن تسليم رعاياها طبقا للاتفاقيات المعقودة معها . اما الدول التي لم تعقد معها اتفاقيات ، فان الجمهورية العربية المتحدة تقبل طلباتها بشأن تسليم

---

(١) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٣٠٠ .

(٢) شرح قانون العقوبات المصري الجديد للدكتور محمد كامل مرسي والدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الطبعة الثالثة جـ١ ص ٢٠١ .

رعاياها المجرمين بشرط ان لا تتعارض مع القانون الدولي العام وبشرط المعاملة بالمثل [١]. ولا يوجد في الجمهورية العربية المتحدة تشريعات خاصة بتسليم المجرمين ولكن هناك مباديء يصح الاسترشاد بها لمعرفة من يجوز تسليمهم من الاشخاص ونوعية الجرائم التي يجري بسببها التسليم • فرؤساء الدول والمبعوثون السياسيون لا يجوز تسليمهم • والجرائم التي يكون التسليم بسببها يجب ان تكون على جانب من الاهمية ، وان تكون الجريمة معاقبا عليها في قانون الدولتين ، وان لا تكون من الجرائم السياسية [٢] ، فقد نص الدستور الموقت للجمهورية العربيةالمتحدة في مادته التاسعة : «تسليم اللاجئين السياسيين محظور» •

وفي العراق ، يوجد تشريع خاص ينظم اجراءات تسليم الاجانب المجرمين، وهو قانوناعادةالمجرمين لسنة ١٩٢٣ وقد اشترط هذا القانون شروطا معينة لجواز التسليم ، منها ان لا تكون الجريمة سياسية او عسكرية ، وان تكون معاقبا عليها في قانون الدولتين [٣]. كما نص هذا القانون على ان المعاهدات والاتفاقيات التي تعقد بشأن اعادة المجرمين تكون واجبة الرعاية والتنفيذ ، ولا يؤثر هذا القانون على نصوصها بل تعتبر نصوص القانون معدلة بمقتضاها [٤]. وفي الدستور الموقت نصت المادة التاسعة عشرة : « تسليم اللاجئين السياسيين محظور » • كما نص القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٩ ، وهو قانون اللاجئين ، على قبول لجوء الاجنبي الى العراق ، لاسباب سياسية أو عسكرية ، هو وافراد عائلته المكلف بهم شرعا ولا يجوز تسليمهم الى دولتهم اذا طلبت ذلك [٥].

(١) شرح قانون العقوبات المصري الجديد للدكتور محمد كامل مرسي والدكتور السعيد مصطفى السعيد جـ١ ص ٢٠٥ .
(٢) شرح قانون العقوبات « القسم العام » للدكتور محمد محمود مصطفى ص ٧٢ وما بعدها .
(٣) المادة الثانية من قانون اعادة المجرمين العراقي لسنة ١٩٢٣ .
(٤) المادة ١٦ من القانون المذكور .
(٥) المادة الاولى والمادة الثالثة من قانون اللاجئين العراقي رقم ١١٤ لسنة ٩٥٩ .

حكم تسليم الاجانب الى دولهم في الفقه الاسلامي :

١٠٨ — والواقع ، ان نهج الدول الاسلامية في تسليم الاجانب الى دولهم ، على النحو الذي بيناه ، يحتمله الفقه الاسلامي ولا يعد خروجا على احكامه . فللدولة الاسلامية ان تعقد معاهدات مع دول دار الحرب لتنظيم تسليم رعاياها اللاجئين الى دار الاسلام وبالعكس . ودليلنا على ذلك السنة النبوية الشريفة ، فقد عقد النبي (ص) معاهدة الحديبية مع قريش في السنة السادسة للهجرة ، وقد جاء فيها ان النبي (ص) يرد من يأتيه من اهل مكة ولو كان مسلما ، ولا ترد قريش من يأتيها من المسلمين [١]. وعلى هذا الاساس نص الفقهاء على وجوب الوفاء بنصوص المعاهدات التي تعقدها الدولة الاسلامية مع غيرها من الدول وبما جاء فيها من شروط صحيحة ومنها شرط رد من يأتي من رعاياها الى دار الاسلام . فقد جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي « ... او يشترط لهم ان يرد من جاءه من الرجال مسلما او بامان ، فهذا يصح . وقال اصحاب الشافعي لا يصح شرط رد المسلم الا ان يكون له عشيرة تحميه وتمنعه . ولنا ان النبي (ص) شرط ذلك في صلح الحديبية ووفى لهم به ، فرد أبا جندل وأبا بصير ولم يخص بالشرط ذا العشيرة » [٢]. وفي شرح الخرشي ، عند الكلام عن الشروط في عقد المعاهدات مع دار الحرب : « تقدم ان الامام يلزمه ان يوفي لهم بشروطهم الصحيحة التي اشترطوها عليه ، حتى لو اشترطوا ان يرد اليهم من جاء منهم مسلما من الرجال فانه يوفي لهم بذلك وفاء للعهد » [٣]. وفي البحر الزخار : « وعليه — أي الامام — الوفاء بما انعقد عليه الصلح لقوله تعالى اوفوا بالعقود . ولرده صلى الله عليه وسلم ابا جندل وابا بصير حين جاءا مسلمين عقيب صلح الحديبية » [٤].

---

(١) شرح البخاري للعيني جـ١٤ ص ٢ وما بعدها . زاد المعاد لابن القيم ، مطبعة السنة المحمدية ، جـ٤ ص ٣١٠ .
(٢) المغني جـ٨ ص ٤٦٥ .
(٣) شرح الخرشي جـ٣ ص ١٥١ .
(٤) البحر الزخار جـ٥ ص ٤٤٨ — ٤٤٩ .

ومما تقدم يتضح ان تسليم الدولة الاسلامية لرعايا الدولة الاجنبية الى دولتهم لا يعد مخالفة لمقتضى الامان ولا لحكم الشرع ، لان الامان الممنوح للمستأمن ، مع وجود معاهدات التسليم ، يكون مشروطا بشرط ضمني هو رده الى دولته اذا طلبته وتوافرت فيه شروط التسليم .

اما اذا لم توجد معاهدة للتسليم بين دار الاسلام والدول الاخرى ولكن يوجد عرف دولي بالتسليم ، فاني ارى ، في هذه الحالة ، جواز تسليم المستأمنين الى دولهم وفقا لمقتضيات العرف الدولي ، لان الفقهاء يقولون : « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » . ولا يكون عمل الدولة الاسلامية خيانة ولا اخلالا بمقتضى الامان . وهذا كله اذا لم يخالف العرف الدولي مبادىء الشريعة ، فاذا خالفها فلا يجوز الاخذ به .

١٠٩ — حرية المستامن في التنقل :

وللمستأمن الحرية في التنقل في دار الاسلام والاقامة فيها حيث يشاء ، فان هذه الحرية مكفولة له الا فيما يخص الحرم والحجاز فانه يسري عليه من القيود بشأنهما ما يسري على الذمي على النحو الذي فصلناه سابقا [١]. لان هذه القيود وضعت على الذمي باعتباره غير مسلم فتسري على المستأمن لهذه العلة . بل صرح الفقهاء بشمول المستأمنين باحكام الحرم والحجاز ، من ذلك ما قاله الحنابلة : « ويمنع الكفار ذميين كانوا او مستأمنين من دخول حرم مكة ، ويمنعون من الاقامة بالحجاز ولا يقيمون لتجارة في موضع واحد اكثر من ثلاثة ايام » [٢].

وصرح الشافعية بذلك ايضا فقالوا : « ليس لجميع من خالف دين الاسلام من ذمي او معاهد ان يدخل الحرم لا مقيما ولا مارا به ولا يتوطن الحجاز مشرك من ذمي او معاهد » [٣].

(١) فقرة ٨٠ من هذه الرسالة .
(٢) شرح منتهى الارادات جـ١ ص ٧٤٢ — ٧٤٣ ؛ ابو يعلي الحنبلي ص ١٧٩ .
(٣) الماوردي ص ١٦١ .

وفي الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر يحـق للاجنبي التنقل في داخلها والاقامة حيث يشاء ، ولكن عليه قبل تغيير محل اقامته ان يبلغ مقر البوليس الذي يقيم في دائرته عنوانه الجديد ، فاذا كـان انتقاله الى بلد آخر وجب عليه ايضا ان يتقدم خلال ثمان واربعين ساعة من وقت وصوله الى محل اقامته الجديد باقرار الى مقر البوليس فـي هذا البلد الذي انتقل اليه [١].

وفي العراق نظم قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ مسألة تنقل الاجنبي في العراق فمنحه هـذا الحق واشترط عليه اخبـار دائرة الامن او ضابط الاقامة في المحل الذي انتقل اليه خلال ثمـان واربعين ساعة اذا كان الانتقال الى منطقة او بلدة اخرى [٢]. ونص في مادتـه الرابعة عشرة : « لوزير الداخلية ان يقرر منع الاجانب بصورة مطلقـة او بالقيود التي يعينها من المرور والتجوال والاقامة في المناطق التي يحددها ببيان ينشر في الجريدة الرسمية واحدى الصحف المحلية لاسباب عسكرية او ادارية او سياسية » . وليس في هذه المادة ما يخالف حكما شرعيا لان ما جـاء فيها مبني على المصلحة ومقتضيات سـلامة الدولة ، والشريعة الاسلامية تبيـح اتخـاذ الاجراءات الضرورية لتحقيق سـلامة الدولة ومصلحتها .

وفي المملكة العربية السعودية نظم نظام الاقامة الصادر ١٣٧١ هـ مسألة تنقل الاجنبي داخل المملكة ونص على الشروط اللازمة لذلك ، ومنها لزوم اشعار الجهة المختصة بالمكان الذي سينتقل اليه وعنوانـه فيه وواسطة السفر ، وذلك قبل سفره بثمان واربعين ساعة على الاقل. كما ان عليه ان يقدم للجهة المختصة في البلد الذي انتقل اليه جواز سفره واوراقه الرسمية المثبتة لهويته في خلال مدة لا تزيد عن ثمان واربعين

---

(١) المادة الخامسة من مرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ .
(٢) الفقرة الثالثة من المادة التاسعة مـن قانون اقامة الاجانب رقـم ٣٦ لسـنة ١٩٦١ .

ساعةمن ساعةوصوله (١)، كما ان المادة العاشرة منه نصت على ان «الاجانب الذين يصرح لهم بالدخول بموجب استماراتهم ويرغبون في التنقل المتكرر بين بلدين معينين لا تزيد المسافة بينهما عن — ١٥٠ — كيلو مترا او ضمن منطقة معينة في المملكة يمنحون رخصة تسمى رخصة تنقل داخل المملكة، صالحة لمدة لا تزيد عن مدة التأشيرة .. الخ » .

ومن الواضح ان هـذه الاجراءات التي تشترطها هـذه الدول الاسلامية يراد بها وضع الاجنبي تحت مراقبة الدولة واشرافها صيانة لمصلحتها وسلامتها ، وليس فيها تضييق على الاجنبي، فهي اذن اجراءات سائغة شرعا ولا نرى فيها مخالفة للاحكام الشرعية ولا لمقتضيات الامان الممنوح للاجنبي .

١١٠ — حق المستامن في الخروج من دار الاسلام :

وللمستأمن الحق في العودة الى وطنه ولا يمنع من الخروج الا اذا صار ذميا . ويعلل الحنفية منعه في هذه الحالة ، أي بعد صيرورته ذميا ، بأن عقد الذمة لا ينتقض وان في رجوعه قطع الجزية وجعل ولده حربا على المسلمين ، وفي هـذا ضرر بيّن (٢). والمراد بهـذا المنع منعه من الخروج من دار الاسلام على وجه اللحاق بدار الحرب وقطع صلته بدار الاسلام ، والا فالذمي لا يمنع من الخروج من دار الاسلام اذا وجد مسوغ لذلك كتجارة ونحو ذلك كما ذكرنا من قبل (٣).

ويجوز اخراج المستأمن اذا رأى الامام مصلحة في نقض أمانه كما بينا ذلك من قبل ايضا (٤).

وفي الجمهورية العربية في الوقت الحاضر ، للاجنبي الخروج من اقليم الدولة من الاماكن التي تنظم فيها الرقابة على الجوازات وبأذن من

(١) الفقرة و من المادة الخامسة من نظام الاقامة السعودي لسنة ١٣٧١ .
(٢) الهداية جـ٤ ص ٣٥٢ .
(٣) فقرة ٨١ من هذه الرسالة .
(٤) فقرة ٤٢ من هذه الرسالة .

الموظف المختص بالرقابة ويكون ذلك في التأشير على جواز السفر [١]. ولوزير الداخليــة بقرار منــه ابعــاد الاجانب واخراجهم مــن ارض الدولــة [٢].

وفي العراق يحق للاجنبي أن يخرج ويعود الى بلاده الا أن عليــه أن يحصل على ســمة الخروج . وللوزير المختص عند وجــود اسباب خاصــة ان يؤجل أي أجنبي من السفر للمدة التي يراها [٣]. كمـا أن لوزير الداخلية أو من يخوله ان يقرر ابعاد الاجنبي من الاراضي العراقية في الحالات التي نص عليها القانون ومنها اذا صدر عليه حكم نهـــائى من محكمة مختصة يتضمن الايصاء بنفيه من الجمهورية العراقية [٤] ، او اذا تبــين ان الاجنبي دخــل بصورة غير مشروعة او دخــل بصورة مشروعة حسب الظاهر ولكن تبين انه لم يكن مستوفيا الشروط الواجب توافرها في طالب سمة الدخول [٥].

وفي العربية السعودية نص نظام الاقامة على لزوم مغادرة الاجنبي البلاد قبل انتهاء مدةاقامته وعليه أن يستحصل على تأشيرة بالخروج وان يخرج من الاماكن المعينــة برا أو بحرا أو جــوا [٦]. ونصت المادة ٣٣ من هذا النظام : « لوزارة الداخلية ان تسحب من أي اجنبي حق الاقامة ورخصها وان تكلفه بمغادرة البلاد متى شاءت بدون ابداء الاسباب » .

وهذه الاجراءات التي تتخذها هذه الدول الاسلامية يراد بهـــا تنظيم خروج الاجنبي على وجه يحقق المصلحة ، واخراجه في الحــالات التي يكون فيها اخراجه ضروريا لصيانة مصلحة الدولة . فليس في هذه الاجراءات ما يخالف حكما شرعيا وانما تعتبر اجراءات سائغة وجــائزة

---

(١) المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ .
(٢) الفقرة الثانية من المادة العاشرة من المرسوم بقانون ٧٤ لسنة ١٩٥٢ .
(٣) المادة السابعة من قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ .
(٤) المــادة ٢٢ من القانــون المذكــور .
(٥) المادتان ١٦، ١٧ من القانون الســابق .
(٦) المادتان ٣، ١٤ من نظام الاقامة الســعودي لسنة ١٣٧١ هـ .

شرعا بقدر ما يتعلق الامر بالاجنبي غير المسلم .

رابعا ـ حرية العقيدة والرأي والاجتماع والتعليم وحرمة المسكن :

١١١ ـ يتمتع المستأمن بحرية العقيدة لان الاصل المقرر في الاسلام « لا اكراه في الدين » . والدولة الاسلامية لا تكره الذمي ، وهو من رعاياها ، على تغيير عقيدته ، فمن باب أولى ان لا تكره المستأمن ، وهو أجنبي ، على تغيير عقيدته . وللمستأمن ان يباشر شعائره الدينية على النحو الذي قلناه بالنسبة للذميين [١].

ويتمتع المستأمن بحرية الرأي والاجتماع والتعليم على النحو الذي يتمتع به الذمي اذ ليس هناك ما يحول دون تمتعه بهذه الامور بل ان الفقهاء قالوا ان المستأمن في دارنا كالذمي [٢].

وله ايضا حرية العمل بل ان دخول المستأمن دار الاسلام لا يكون غالبا الا للعمل والتجارة ، وقد صرح الفقهاء بأن « المستأمن في دارنا لا يمنع أن يتجر في دار الاسلام في أي نواحيها شاء » [٣].

اما حرمة المسكن فهي مكفولة للمستأمن لانها من مستلزمات الحرية الشخصية ، وحماية شخصه من أي اعتداء رعاية لحق الامان ، لان الاعتداء على حرمة مسكن الشخص اعتداء على الشخص ذاته . كما أن نهي الله تعالى عن دخول مساكن الغير بدون اذنه يشمل مساكن المستأمنين ايضا لعموم النص [٤].

١١٢ ـ ما عليه العمل الآن :

يتمتع الاجنبي في الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر بحرية العقيدة وحرية الرأي وحرمة المسكن باعتبار ان هذه الحقوق وردت بها نصوص الدستور وان النصوص الدستورية المتعلقة بهذه

---

(١) فقرة ٨٨ من هذه الرسالة .
(٢) الكاساني جـ٥ ص ٨١ .
(٣) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٨٣ .
(٤) وقد ذكرنا النص القرآني بخصوص حرمة المساكن في ص ٩٤ من هذه الرسالة .

الحريات اقليمية التطبيق يتمتع بحمايتها كل من في الجمهورية العربيـة المتحـدة [١].

اما حريـة الاجتماع والتجمع فليس هناك قيـود خاصة في حق الاجانب بالتمتع بها غير ما يتقيد به المواطنون انفسهم [٢].

ويتمتعون ايضا بحرية التعليم فلهم معاهدهم التي تتولى تعليـم ابنائهم بلغاتهم الخاصة [٣].

اما فيما يخص حق العمل ، فللاجانب الحق في العمل بجميع انواعه عدا استثناءات قليلة في بعض المهن كالمحاماة والطب والصيدلة ونحـو ذلـك [٤].

وكذلك الحال في العراق ، فالدستور العراقي الموقت كفل حرمـة المسكن والحرية الشخصية وحرية الاعتقاد ، وهذه النصوص عامة ليس هناك ما يقيدها او يقصرها على المواطنين دون الاجانب .

وللاجانب الحق في انشاء الجمعيات لان قانون الجمعيات العراقي رقم ١ لسنة ١٩٦٠ لم يشترط في مادته الثالثة التي تتكلم عن شـروط العضوية أن يكون العضو عراقيا ، فيستدل بذلك على ان الاجانب غير ممنوعين من ممارسة هذا النشاط . وبالفعل يوجد في العراق عدد مـن الجمعيـات والنوادي للاجانب مثـل نادي الجولف البغدادي ونادي المعهد الثقافي البريطاني وجمعيـة السيدات اليونانيات وجمعية المؤسسة الخيرية الامريكية . الا انه ليس للاجنبي في العـراق ان يشكل حزبـا سياسيا او ينتمي الى حزب سياسي عملا بالمادة ٣١ من قانون الجمعيات المذكور التي اشترطت ان يكون عضو الحزب عراقيا .

ولهم حرية الاجتماعات والمظاهرات لان قانون الاجتماعات العامة

(١) الدكتور احمد مسلم ، كتابه السابق ؛ جـ١ ص ٣٧٨ ؛ ٣٨٠ .
(٢) المرجـع السـابق ص ٣٨١ .
(٣) الدكتور عز الدين عبد الله ، كتابه السابق ، جـ١ ص ٤٣١ .
(٤) الدكتور احمـد مسلم ، كتابـه السـابق ، جـ١ ص ٣٨٢ — ٣٨٥ ، والدكتور عز الدين عبد الله جـ١ ص ٤٢٧ وما بعدها .

والمظاهرات رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٩ في مادته الثانية نص على حرية الاجتماعات والمظاهرات ، ولم يفرق بين وطني واجنبي .

وحرية التعليم مكفولة للاجانب فلهم تأسيس المدارس بشرط مراعاة القوانين المحلية [١].

اما فيما يخص حق العمل ، فللاجنبي في العراق أن يمارس المهن التي يريدها على شرط ان يحصل على اجازة بالعمل من السلطة المختصة [٢] ، وتمنح هذه الاجازة بشروط خاصة ولمهن معينة كالمهن الفنية التي لا يوجد من العراقيين من يقوم بها [٣]. اما بالنسبة لغير هذه المهن فقد حدد هذا النظام المدة التي لا يجوز بعدها مباشرة الاجنبي لها كمهنة الخياطة والطباعة وغيرهما مما نص عليه هذا النظام .

وفي العربية السعودية يمنع الاجنبي من مزاولة أي عمل قبل حصوله على تصريح بالاقامة [٥]. ومعنى ذلك ان له ان يباشر الاعمال التي يراها بعد حصوله على تصريح بالاقامة .

خامسا — تمتع المستأمن بالمرافق العامة وكفالة الدولة :

١١٣ — للمستأمن ان يتمتع بمرافق الدولة كوسائل المواصلات ومشروعات الماء والانارة والقضاء باعتباره مرفقا عاما بشروط معينة كما سيأتي .

أما كفالة الدولة له عند عجزه وحاجته، فالظاهر ان الدولة الاسلامية تقوم بسد حاجته ولا تسلمه الى الهلكة ما دام في دار الاسلام ، لان الاسلام يأمر بالاحسان واعانة المحتاجين والرحمة بهم ، وليست هذه المعاني مقصورة على المسلم بل تشمل كل حي كما يدل عليه قوله صلى

(١) قانون المعارف العامة رقم ٥٧ لسنة ١٩٤٠ .
(٢) المادة الاولى من نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم ١٤ لسنة ٥٨ .
(٣) الفقرة الثانية من المادة الاولى من النظام الآنف الذكر .
(٤) المادة الثانية عشرة من النظام السالف الذكر .
(٥) المادة الثانية عشرة من نظام الاقامة السعودي .

الله عليه وسلم : « في كل كبد رطبة أجر » [١]. فضلا عما في الاحسان الى المستأمن من تأثير بالغ في نفسه وتعريف له بمحاسن الاسلام عمليا لا نظريا وقد يدعوه هذا الى الاسلام .

وهناك من الآثار ما يدل على اعانة المستأمن والبر به وكفالته من قبل الدولة الاسلامية ، من ذلك ما جاء في السير الكبير وشرحه : « لا بأس أن يصل المسلم الرجل المشرك قريبا كان او بعيدا محاربا كان او ذميا لحديث مسلمة بن الاكوع ، قال صليت الصبح مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هل أنت واهب لي ابنة أم فرقة ؟ قلت نعم فوهبتها له فبعث بها الى خاله حزن بن ابي وهب وهو مشرك وهي مشركة ... وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسمائة دينار الى مكة حين قحطوا وامر بدفع ذلك الى ابي سفيان بن حرب وصفوان بن امية ليفرقاها على فقراء أهل مكة، فقبل ذلك ابو سفيان وأبى صفوان » [٢]. فهذا الاثر يدل على أن الشريعة تدعو الى العطف على المحتاج ومساعدته وان كان غير مسلم من اهل دار الحرب ، لان أهل مكة كانوا آنذاك حربيين .

١١٤ — ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة يتمتع الاجنبي بمرافق الدولة العامة كمياه الشرب [٣]. وكذلك يتمتع بمرفق الضمان الاجتماعي ، فقد نص قانون الضمان الاجتماعي رقم ١١٦ لسنة ١٩٥٠ والمعدل بقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ على سريانه على الاجانب فيما يتعلق بما يقرره من معاشات في حالة العجز ونحوها بشرط اقامة مدة معينة وبشرط المعاملة

(١) اخرجه مسلم ومالك وابو داود : تيسير الوصول جـ٢ ص ١١٤ . والكبد الرطبة ، كل ذات روح . ولا تكون رطبة الا اذا كان صاحبها حيا .
(٢) السير الكبير وشرحه جـ١ ص ٦٩ .
(٣) الدكتور عز الدين عبد الله ، كتابه السابق ، جـ١ ص ٤٣١ .

بالمثل ، وبدون اشتراط مدة اقامة بالنسبة للمساعدات الاجتماعية [١].

كما ان الاجانب كالمواطنين في الاستفادة من التعويضات المنصوص عليها في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل [٢].

وفي العراق شرع قانون الضمان الاجتماعي رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٦ ، وقد نص هـذا القانون على ضمانات للمستخدمين الذين يؤدون عملا لرب العمل لقاء أجر، ومن هذه الضمانات الاعانات التي تعطى للمستخدم فيحالة عجزه او شيخوخته أو بطالته او لعائلته عند وفاته [٣]. ويدفع الى الاجنبي نصف ما يدفع الى العراقي ، وان كان مـن رعايا دولة بينهـا وبين العراق معاهدة على المعاملة بالمثل ، فيعامل الاجنبي في هذه الحالة معاملة العراقي [٤].

وفي السعودية نص نظام العمل والعمال الصادر في سنة ١٣٦٦ هـ على دفع اعانات للعامل عند مرضه او عجزه عن العمل [٥]. وهـذا النظـام لا يفرق في احكامه بين الوطني والاجنبي فقد جـاء في مادته الاولى : « تطبق أحكام هذا النظام على كافة الحالات التي يشتغل فيها عامل في خدمـة المشاريع الصناعية او التجارية او الزراعية تحت ادارة آجر او سلطة » فهـذا النظام ومثله قانون الضمان الاجتماعي في العراق ، وان

(١) المادة الاولى من القانون المذكور : يسري هـذا القانون علـى المصريين وكذلك يسري على الاجانب فيما يتعلق بالمعاشات اذا كانوا قد اقاموا في الاراضي المصرية اقامة مستمرة لا تقـل عن عشـر سنوات سابقة مباشرة على تقديـم طلب المعاش وكـان قانون الدولة الاجنبية يجيز المعاملـة بالمثـل ، وفيما يتعلـق بالمساعدات الاجتماعية دون تقييد بشـرط الاقامـة .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، كتابه السابق جـ١ ص ٤٢٨ .

(٣) المواد ٩،١، ١٠ من القانون المذكور .

(٤) المادة ٣ منه : (أ) تكون الاعانات المدفوعة الى الاجنبي مساوية لنصف الاعانة المدفوعة الى العراقي بموجب احكام هـذا القانون . (ب) اذا كان الاجنبي من رعايا دولة بينها وبين العراق اتفاق او معاهدة علـى المعاملة بالمثل فيما يتعلق بدفع اعانات الضمان الاجتماعي فحينئـذ يعامل هذا الاجنبي كالعراقي بالنسبة لهذا الغرض .

(٥) نظام العمل والعمال السعودي لسنة ١٣٦٦ هـ : المواد ٨، ٢٣، ٢٥ منه.

كانا يتعلقان بالعمال وكفالتهم عند العجز ، فان فيهما نوعا من الضمان الحكومي للعامل الاجنبي .

المبحث الثالث

تمتعهم بالحقوق الخاصة

١١٥ ـ الحقوق الخاصة هي التي تنشأ عن علاقات الافراد فيما بينهم وفقا لاحكام القانون الخاص سواء أكانت هذه العلاقات علاقات عائلية أم علاقات مالية . فهي تشمل حقوق الاسرة والحقوق المالية ، فمن الحقوق العائلية حق الزواج والطلاق وغيرهما . ومن الحقوق المالية الحق في تملك المال ومباشرة التصرفات القانونية للحصول على الثروة وما يتبع ذلك من الحق لهم في أن يصبحوا دائنين ومدينين . ومن المقرر في الوقت الحاضر ان على الدول أن تعترف للاجنبي بحد أدنى من هذه الحقوق لانه لا يستطيع العيش بدون هذا الحد . ويرى رجال القانون أن القانون الدولي العام يكفل للاجنبي التمتع بهذا الحق الادنى من الحقوق الخاصة ، اما فيما يجاوز هذا الحد فالدولة حرة فلها أن تعترف به للاجنبي كما لها أن تمنعه عنه [١].

١١٦ ـ الحقوق الخاصة للذميين :

الذميون من أهل دار الاسلام فهم في الحقوق ـ كقاعدة عامة ـ كالمسلمين فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، ويتساوون معهم في الحقوق التي لا تبنى على العقيدة الدينية ، والحقوق الخاصة لا تبنى على العقيدة ولا تستلزم توافر الاسلام حتى يمنع منها الذمي . ولهذا فهو يتمتع بجميع هذه الحقوق كالمسلم . وقد صرح الفقهاء بأن الذمي في

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، كتابه السابق جـ١ ص٣١٧ـ٣١٨ ، الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق جـ١ ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤ .

المعـاملات كالمسلم [١]. والحقوق العائلية مـن جملة المعاملات [٢]. وعلى هذا فالذمي له الحق في الزواج وانشاء اسرة والتمتع بجميع حقوق الاسرة مـن نفقة وأرث وغـير ذلك [٣]. وكذلك له التمتع بالحقوق الماليـة ، فله مباشرة جميـع التصرفات القانونية لكسب الاموال سواء أكانت منقولة أم غير منقولة ، وسواء باشر هذه التصرفات مع المسلمين أو الذميين . فقد نص الفقهاء على أن « معاملة أهل الذمـة جائزة وان كانوا يستحلون بيـع الخمر والخنازير ويعملون بالربا » [٤]. وحـق الملكية حق مصون لا يجوز لاحد التعرض له بشأنه ، فقد نص الفقهاء على ان « حكم اموالهم حكـم اموال المسلمين في حرمتها » [٥]. وله مطلق التصرف في امواله كما هو الحال بالنسبة للمسلمين .

والذميون في الوقت الحاضر ، في الجمهورية العربيـة المتحـدة والعراق ، يتمتعون بالحقوق الخاصة كالمسلمين . وكذلك الذميون في السعودية يتمتعون بهـذه الحقوق لانهـا لا تستلزم العقيدة الاسلامية ولا تبتني عليها .

١١٧ ـ الحقوق الخاصة للمستأمنين :

يتمتـع المستأمنون في دار الاسلام بالحقوق الخاصة كالذميين ، لانهم ما داموا في دارنا فهم بمنزلة الذميين كما قال الفقهاء [٦].

فلهم التمتع بالحقوق العائلية كالزواج وما يترتب عليه . كما لهم مباشرة سائر المعاملات المالية مع المواطنين ، فليس ممنوعا على المسلمين التعامل معهم بل هو امر مباح جائز ، وفي هذا يقول ابن رشد : « واما

(١) شرح السير الكبير جـ١ ص ٢٠٧، كتاب المواريث علما وعملا للمرحوم الشيخ احمد ابراهيم ص ٨٥ .
(٢) فتح القدير جـ٢ ص ٥٠٤ : لان النكاح من المعاملات .
(٣) سيأتي بيان القانون الواجب التطبيق على قضاياهم فيما بعد .
(٤) المقدمات لابن رشد جـ٢ ص ٢٨٩ .
(٥) المغني جـ٨ ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥ .
(٦) الكاســاني جـ٥ ص ٨١ .

مبايعة أهل الحرب ومتاجرتهم اذا قدموا بأمـان فذلك جائز » [١]. الا انهم لا يمكنّون من شراء ما فيـه تقوية لاهل دار الحرب من سـلاح ونحوه ، ولا يجوز للمواطنين ان يبيعوهم شيئا من ذلك ، وفي هذا يقول ابن رشد : « لا يجوز ان يباعوا مما يستعينون به في حروبهم من كراع او سلاح او حديد ولا شيئا مما يرهبون به المسلمين في قتالهم » [٢].
وفي شرح الازهار في فقه الزيدية : « ولا يجوز ان يمكّن المستأمن من شراء آلات الحرب سيف او قوس او درع ونحـو ذلك » [٣]. ووجه هذا المنع واضح وهو دفع ما قد يترتب على هـذا البيع من تقوية دار الحرب واضعاف دار الاسلام . واذا ما اشتروا شيئا من ذلك منعوا من الرجوع به الى ديارهم ، ولكن لهم ان يبيعوه قبل ان يخرجوا ويتسلموا ثمنـه ، فان أبوا اجبروا على بيعه [٤]. وليس في هـذا الاجراء الحاق أذى بهم ولا تضييق عليهم لان خروجهم بالسلاح ونحوه يلحق الضرر بدار الاسلام وما اعطوا الامان للاضرار بدار الاسلام . وهذا بخلاف ما لو دخلوا بهـذه الاشياء فانهم لا يمنعون من الخروج بها ، لانهـم بالامان استفادوا العصمة لانفسهم واموالهم فلا تملك الدولة الاسلامية منعهم من العودة بها رعاية لمقتضى الامان [٥]. وهـذا منتهى العـدل والانصـاف .

ويتمتعون بحـق الملكية ، وتعترف لهـم الدولة بهـذا الحـق الذي يعتبر من أهم الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الاجانب في الوقت الحاضر [٦]. فلهم ان يتملكوا المنقـول والعقار بل لهم ان يتملكوا دار المسلم بحق الشفعة [٧].

---

(١) المقدمات لابن رشد جـ٢ ص ٢٨٩ .
(٢) المقدمات لابن رشد جـ٢ ص ٢٨ .
(٣) شـرح الازهـار جـ٤ ص ٥٦١ .
(٤) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٧٨ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٣٤ .
(٥) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٧٧ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٠ .
(٦) استاذنا الدكتور جابر جاد ، كتابه السابق ، جـ١ ص ٣١٨ — ٣١٩ .
(٧) شـرح السير الكبير جـ٤ ص ١١٨ .

وقد بلغ من حرص المسلمين على صيانة حــق الملكية للمستأمنين والمحافظة على اموالهم الى حد يدعو الى العجب الشديد ، فقد جاء في شــرح الخرشي المالكي : « المشهور ان الحربيين اذا قدموا الينا بأمان ومعهم مسلمون غنموهم منــا فانهم لا ينزعون منهم ، ولهم ان يرجعوا بهم الى بلدهم ، وسواء كانوا ذكورا او اناثا من الاحرار او العبيد ، عن ابن القاسم في احــد قوليه . ولابن القاسم قول آخر : انهــم ينزعون بالقيمة وهو الذي عليه اصحاب مالك وبه العمل » [١].

فالمالكية لم يقولوا بنزع المسلمين من أيدي المستأمنين وتخليصهم من هــذا الرق الشائن وقد تهيأت الفرصة ووجدت القوة لتنفيذ هــذا الاجراء ... لم يقولو هــذا لانهم يرون ان حــق الملكية ثابت لهؤلاء المستأمنين على ما في ايديهم من مسلمين ، والملكية مصونة لا تمس ولو كانت لمستأمنين على مسلمين في دار الاسلام .. بل ان ابن القاسم الفقيه المالكي المعروف يقــول ــ غير متأثر بعاطفة دينية ــ ان لهــم الرجوع بهؤلاء المسلمين ، ثم تساهل فقــال قولا ثانياً وهو نزعهــم من ايديهم بالقيمة ولم يذهب الى اكثر من هذا . والحق ان ما ذهب اليه المالكيــة لاكبر دليل على البحث الموضوعي لدى الفقهاء ، ويدل على مدى تجرد الفقهاء المسلمين من العواطف ، والتزامهم بمقتضيات العدل حسب نظرهم واجتهادهم .

١١٨ ــ ويتمتــع المستأمنون ، في الوقت الحاضر ، في الجمهورية العربية المتحدة والسعودية والعراق بحقوق الاسرة بشرط عدم مخالفة النظام العام . فليس للاجنبي غير المسلم أن يتزوج مسلمة سواء أكانت اجنبية أم مواطنة .

ويتمتعون كذلك بالحقــوق الماليــة ، فلهــم مباشرة التصرفات القانونية المختلفة لاكتساب الاموال .

ففي العربية السعودية يجوز للاجنبي الانتماء الى الغرف التجارية

---

(١) شــرح الخرشــي جـ٣ ص ١٢٧ .

والصناعية [١]. وله أن يعمل في شركات المشاريع الصناعية والتجارية والزراعية الوارد ذكرها في نظام العمل والعمال لسنة ١٣٦٦ هـ ، وتسري عليه نصوصه اذ ليس فيه نص يقصر تطبيقه على السعوديين فقط . ويسمح للاجانب بتأليف الشركات فقد نصت المادة الثالثة من نظام استثمار رؤوس الاموال الاجنبية لسنة ١٣٧٦ هـ : « يجوز لغير السعوديين سواء أكانوا أفرادا أم اشخاصا اعتباريين تأسيس أو الاشتراك في تأسيس منشآت تجارية أو صناعية أو زراعية في المملكة بالشروط الآتية : ... الخ » . والواقع ان السماح للمستأمنين بتأسيس الشركات في دار الاسلام برؤوس أموال أجنبية ليس فيه شيء ولا ينافي مبادىء الفقه الاسلامي وما قرره الفقهاء في شأن المستأمن ، بل يتفق مع الذي قالوه ، لان المستأمن غير ممنوع من العمل والاكتساب في دار الاسلام ومباشرة أنواع النشاط الاقتصادي ومنه تأسيس الشركات . ولكن بشرط ان لا يترتب على السماح للمستأمنين بتأسيس الشركات أي ضرر بالدولةالاسلامية . وهناك حرف قليلة لا تجوز مزاولتها منقبل الاجانب كالاتجار بأسلحة الصيد والمواد اللازمة لها [٢].

ولا يجوز للاجنبي تملك العقار في الحجاز [٣] ، والاجنبي كما هو معروف في استعمال القوانين الوضعية يشمل كل من لا يحمل جنسية الدولة وهذا ما نص عليه نظام تملك العقار في الحجاز اذ جعل الاجنبي كل من لا يحمل الجنسية السعودية [٤].

وفي الجمهورية العربية المتحدة يجوز للاجانب مباشرة التصرفات القانونية لاكتساب الاموال ، ومباشرة النشاط الاقتصادي الذي

---

(١) المادة الخامسة من نظام الغرف التجارية والصناعية لسنة ١٣٧٧ هـ : لكل تاجر او مقاول أو سمسار أو شركة او صانع مصنع في المملكة سواء اكان سعوديا أو اجنبيا ان يشترك في الغرف التجارية .

(٢) المادة السادسة من نظام سلاح الصيد وجلبه واستعماله الصادر سنة ١٣٦٩ هـ .

(٣) المادة الرابعة من نظام تملك العقار في الحجاز الصادر سنة ١٣٥٣ هـ .

(٤) الفقرة (ب) من المادة الثانية من نظام تملك العقار في الحجاز .

يريدونه . ويسمح لهم بانشاء مشروعات التنمية الاقتصادية التي أجازها القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٣ ، فقد أجاز هذا القانون استثمار رؤوس الاموال الاجنبية في مشروعات التنمية الاقتصادية النافعة للبلاد . ولهم تملك اسهم الشركات ، الا أن القانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ فرض بعض القيود على حريــة الاجنبي في تملك اسهم شركات المساهمة ، فقد نص في مادتــه الحادية عشرة : « يجب عرض ٤٩٪ على الاقل مــن أسـهم شركات المساهمة عند تأسيسها في اكتتاب عام يقصر على المصريين مــن الاشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين لمدة شهر ان لم يكن قد تم بالفعـل حصول المصريين على هذا العدد » .

وفيما يخص تملك العقارات من قبل الاجانب ، جاء القانون رقـم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع الاجنبي مــن تملك الاراضي الزراعية والاراضي القابلة للزراعة والاراضي الصحراوية ، ويستثنى من هـذا المنع بعض الحالات مثل تملك الاجنبي هذه الاراضي بطريق الارث أو الوصية من أجنبي أو اذا كانت موقوفة وآلت اليه بسبب انتهاء الوقف أو الرجوع فيه . كما أن المادة الاولى والثانية من الامر المرقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والذي استمر العمل به بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٥ ، منعتا تملك الاجنبي عقارا كائنا بأحد الاقسام التي تقوم على ادارتها مصلحة الحدود الا عن طريق الميراث ، ويسري المنع كذلك على الوقف على أجنبي أو تقرير حقــوق عينيــة له [1].

وقد نص المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالاصلاح الزراعي علــى أن الاراضي المستولي عليها توزع على صغــار الفلاحين بشروط منها أن يكون المالك الجديد مصريا .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، مؤلفه السابق ، جـ١ ص ٤٣٦ — ٤٤٠ . ويلاحظ هنا أن الوقف الاهلي الغي بالقانون رقــم ١٨ لسنة ١٩٥٢ واصبح ما كان وقفا اهليا ملكـا للمستحقين او للواقف ان كان حيـا وكان له حـق الرجوع فيه : كتــاب الوقف مــن الناحية الفقهيــة والتطبيقية لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٧ وما بعدها .

وفي العراق يجوز للمستأمن أن يباشر النشاط الاقتصادي الذي يرغب فيه ، وله انشاء الشركات على أن يساهم العراقيون في ٤٩٪ على الاقل من أسهم الشركة عند تأسيسها [١]. الا أن حريته في تملك العقار مقيدة ببعض القيود ، من ذلك ما نص عليه قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ من حصر توزيع الاراضي الزراعية المستولي عليها على العراقيين فقط [٢]. وفي العقارات الاخرى ، غير الاراضي الزراعية ، نص القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١ على أن الاجنبي يعامل في حق الملكية والمعاملات التصرفية التي ترد على العقار بما يعامل به العراقي في بلد ذلك الاجنبي وفقا لقاعدة المقابلة بالمثل وطبقا لما نص عليه في هذا القانون [٣]. ولمجلس الوزراء أن يقيد حق الاجنبي في ملكية العقار في العراق بناء على ظروف طارئة أو بناء على مقتضيات المصلحة العامة أو المعاملة بالمثل [٤]. ويشترط لتملك الاجنبي العقار استحصال موافقة وزير الداخلية وتوافر شروط معينة كسبق الاقامة في العراق مدة لا تقل عن سبع سنوات وعدم وجود مانع اداري أو عسكري ، وألا يكون العقار قريبا من الحدود العراقية بما لا يقل عن ثلاثين كيلو مترا ، وأن لا يكون العقار أرضا زراعية أو أرضا اميرية مهما كان نوعها [٥]. ثم ان ملكية الاجنبي للعقار، اذا ما توافرت الشروط المطلوبة، لا تتجاوز دارا واحدة للسكنى ومحلا للعمل اذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه [٦].

(١) قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ .
(٢) المادة ١٢ من قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ .
ويلاحظ ان هذا المنع يشمل المسلمين غير العراقيين، وهذا لا يجوز لما قلناه من ان المسلمين جميعا يعتبرون من دار الاسلام .
(٣) المادة الاولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١ .
(٤) المادة الثانية من القانون المذكور .
(٥) المادة الرابعة من القانون المذكور .
(٦) المادة الخامسة — فقرة (١) من القانون المذكور .

الفصل الثالث

واجباتهم نحو الدولة

١١٩ — على الذميين تكاليف مالية يلتزمون بها قبل الدولة الاسلامية وهي الجزية والخراج والعشور • وعلى المستأمنين تكليف مالي هو أداء الضريبة التجارية اذا دخلوا دار الاسلام بأموال للتجارة • أما الجزية فلا يلتزمون بها لانها لا تجب الا على الذمي باعتباره غير مسلم ومن أهل دار الاسلام • وكذلك الخراج لا يلتزم به المستأمن الا اذا اشترى أرضا خراجية وصار بسببها ذميا على النحو الذي فصلناه سابقا [١]•

وهناك واجبات اخرى غير مالية يلتزم بها الذميون والمستأمنون قبل الدولة • وعلى هذا سنقسم هذا الفصل الى أربعة مباحث :

الاول للجزية • والثاني للخراج • والثالث للعشور « أي الضرائب التجارية » • والرابع للواجبات الاخرى •

المبحث الأول

الجزيــة

١٢٠ — جاء في القاموس المحيط : الجزية خراج الارض • وما يؤخذ من الذمي • والجمع جزى وجزي وجزاء [٢]•

(١) فقرة ٢٦ ص ٣٤ — ٣٥ من هذه الرسالة .

(٢) القاموس المحيط جـ٤ ص ٣١٢ ، ومثل هذا جاء في المنجد ص ٨٨ ، وفي المصباح المنير جـ١ ص ١٣٨ : والجزية ما يؤخذ من اهل الذمة .

وقال ابن الاثير في النهاية في غريب الحديث والاثر : الجزية هي عبارة عن المال الذي يعقد للكتابي عليه الذمة [١].

وعرفها ابن عرفة المالكي بقوله : الجزية ما لزم الكافر من مال لامنه واستقراره تحت حكم الاسلام وصونه [٢].

ويخلص لنا من هذه التعاريف ان المراد بالجزية هو المال المقدر المأخوذ من الذمي ، فهي ضريبة على الرؤوس يلتزم الذمي بأدائها الى الدولة الاسلامية في ميعادها المعين متى ما توافرت شروط وجوبها ولم يوجد ما يسقطها كما سنبينه فيما بعد .

١٢١ — دليل شرعية الجزية وسبب وجوبها :

ثبتت الجزية بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتو الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » [٣]. وأما السنة ، فقد ثبت عنه (ص) انه أخذ الجزية من مجوس البحرين، كما أخذها عمر بن الخطاب من مجوس سواد العراق بلا انكار من أحد [٤]. وأخذها عمرو بن العاص من أقباط مصر من كل حالم دينارين وكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فأجازه [٥].

فأخذ الجزية من غير المسلم أمر مشهور ثابت في شرع الاسلام وعليه انعقد اجماع الامة [٦].

---

(١) النهاية جـ١ ص ١٦٢ .
(٢) منح الجليل للشيخ عليش جـ١ ص ٧٥٦ .
(٣) المغني جـ٨ ص ٤٩٥ — ٤٩٦ . والآية في سورة التوبة جـ١٠ الآية : ٢٩
(٤) احكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٩٢ — ٩٣ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ١٩٩ ، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٤٢ .
(٥) تاريخ البلاذري ص ٣٠١، ٣٠٣ . والقبط من أهل الكتاب، وفي محاورة عمر بن العاص مع ابي مريم من قسس الاقباط : ومما عهد به الينا اميرنا، اي عمر بن الخطاب، أن استوصوا بالقبطيين خيرا لان لهم رحما وذمة : تاريخ الطبري جـ٥ ص ٢٢٨ .
(٦) المغني جـ٨ ص ٤٩٦ .

اما سبب وجوب الجزية فهو عقد الذمة [١].

١٢٢ ـ شرائط وجوب الجزية :

اولا ـ العقل والبلوغ والذكورة ، فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين [٢]. لان الله تعالى أوجب الجزية على من هو من اهل القتال ، فقال عز وجل : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر .. الآية » والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعي اهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس هو من اهل القتال ، وهؤلاء ليسوا من اهل القتال فلا تجب عليهم [٣]. كما رويت بعض الآثار عن سيدنا عمر بن الخطاب بعدم أخذ الجزية من الصبيان والنساء [٤] ، من ذلك انه كتب الى امراء الاجناد : ان يقاتلوا في سبيل الله ولا يقاتلوا الا من قاتلهم ، ولا يقتلوا النساء ولا الصبيان ولا يقتلوا الا من جرت عليه الموسى . وكتب الى امراء الاجناد ان يضربوا الجزية ولا يضربوها على النساء ولا الصبيان ولا يضربوها الا على من جرت عليه الموسى [٥].

---

(١) الكاساني جـ٧ ص ١١١ ، ويسقط الوجوب اذا قام الذمي بواجب الدفاع عن دار الاسلام كما سنذكره فيما بعد .

(٢) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٢ ، احكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٩٦. الام للشافعي جـ٤ ص ٩٨ ، الاموال لابي عبيد ص ١٣٧ ، الخراج لابي يوسف ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، الخراج ليحيى بن آدم ص ٧٣، شرح موطا مالك للزرقاني جـ٢ ص ١٤١ ، شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٤ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٠٦ ، المهذب جـ٢ ص ٢٦٨ الكاساني جـ٧ ص ١١١. فتح القدير جـ٢ ص ٣٧٢ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٤٥ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٦ ، المختصر النافع ص ١٣٤ .

(٣) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٢ ، الكاساني جـ٧ ص ١١١ . وعند الظاهرية تجب الجزية على النساء كما تجب على الرجال محتجين بآية الجزية وبعض الآثار مثل ما روي عن مسروق؛ قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل الى اليمن وامره ان يأخذ من كل حالم وحالمة من اهل الذمة دينارا او قيمته من المعافر : المحلي جـ٧ ص ٣٤٧ . ويلاحظ هنا ان هذا الحديث الذي ذكره ابن حزم ، روي بدون ذكر (او حالمة) كما سيأتي فيما بعد .

(٤) نيل الاوطار جـ٨ ص ٦١ .

(٥) الاموال لابي عبيد ص ٣٧ .

ثانيا ـ السلامة من الزمانة والعمى والكبر في ظاهر الرواية عند الحنفية، فلا تجب على زمن واعمى وشيخ كبير . وهذا ايضا مذهب الحنابلة والمالكية والزيدية . وقال الشافعية تجب على هؤلاء لان الجزية عندهم كأجرة الدار فيستوي فيها ارباب الاعذار وغيرهم ، وفي المذهب قول بعدم الوجوب تنزيلا لهم منزلة النساء والصبيان لانهم لا يقتلون اذا اسروا . اما اصحاب القول الاول فيحتجون ، وهذا قول الحنفية ، ان هؤلاء لا يلزمهم اصل النصرة بأبدانهم لدار الاسلام لو كانوا مسلمين ، فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية . او انهم ـ كما يقول الحنابلة والزيدية ـ لا يقتلون اذا اسروا لانهم ليسوا من اهل القتال فلا تجب عليهم الجزية لانها بدل عن قتلهم [1].

والراجح عندي عدم وجوبها على هؤلاء ، وعلى هذا كان العمل في زمن الصحابة ، يدل عليه ما جاء في صلح خالد بن الوليد مع اهل الحيرة « واني انتهيت الى الحيرة فخرج الي اياس بن قبيسة في اناس من اهل الحيرة من رؤسائهم ... واني نظرت في عدتهم فوجدت عدتهم سبعة آلاف رجل فأخرجتهم من العدة فصار من وقعت عليه الجزية ستة آلاف فصالحوني على ستين الف ، وجعلت لهم ايما شيخ ضعف عن العمل .. وطرحت جزيته ... » [2]. فهذا صريح في ان الجزية لا تؤخذ من الزمن والشيخ الكبير ، ويلحق بهما الاعمى لانه في حكمهما وانما لم يأت له ذكر في صلح خالد لاحتمال عدم وجود أعمى فيهم . والظاهر ان صلح خالد لابد ان بلغ ابا بكر الصديق كما يدل عليه اول هذا الصلح اذ جاء فيه عبارة « واني انتهيت الى الحيرة » فهذا يدل على إن

(١) المبسوط جـ ١٠ ص ٧٩ ، الكاساني جـ٧ ص ١١١ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٤٥ ، المغني جـ٨ ص ٥١٠ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧١٦ . شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٥ ، البحر الزخار جـ٥ ص ٤٥٧ ، بلغة السالك جـ١ ص ٣٤١ ، مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحل الفاظ ابي شجاع جـ٢ ص ٢٢٣ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ٧ ص ٢٢٣ .

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

خالدا كتب بهذا الصلح الى أبي بكر ليعلمه بما فعل . ولم ينقل الينا انكار ما فعله خالد بن الوليد في صلحه هذا فيكون اجماعا . ثم ان آية الجزية تقتضي ان الجزية تجب على من يقاتل ، حتى قال الامام القرطبي في تفسيره : « وهذا اجماع من العلماء على ان الجزية انما توضع على جماجم الرجال الاحرار البالغين وهم الذين يقاتلون دون النساء والذرية والعبيد والمجانين المغلوبين على عقولهم والشيخ الفاني » [١].

ثالثا — الحرية ، فلا تجب على العبد لانه ليس من اهل ملك المال [٢] ، ولان الله تعالى قال : « حتى يعطوا الجزية » ولا يقال لمن لا يملك حتى يعطي [٣].

رابعا — ان لا يكون الذمي فقيرا غير معتمل ، وهو الذي لا قدرة له على العمل والكسب ، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة والمالكية ، واحتج الحنفية بأن الفقير غير المعتمل عاجز عن الاداء ، والعاجز عن الاداء معذور فيما هو حق العباد لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» [٤] ففي الجزية أولى . وبأن الجزية لم توضع على فقير غير معتمل من اهل سواد العراق في زمن عمر بن الخطاب ، كما ان عمر نفسه رفع الجزية عن رجل كبير من أهل الذمة رآه يسأل الناس . وأيضا فان الخراج كما لا يوظف على أرض لا يمكن استغلالها فكذلك الجزية لا توضع على الذمي العاجز بجامع عدم القدرة والطاقة . اما الحنابلة فحجتهم على نحو ما احتج به الحنفية كما احتجوا بقوله تعالى : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » [٥]. اما الشافعية فالجزية عندهم تجب على الفقير العاجز عن الكسب ، فاذا تمت السنة وهو معسر ففي ذمته حتى

---

(١) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٢ .
(٢) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٢ ، الكاساني جـ٧ ص ١١١ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٧٠ .
(٣) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٢ .
(٤) سورة البقرة جـ٣ ، الآية : ٢٨٠ .
(٥) سورة البقرة جـ٣ ، الآية ٢٨٦ .

يوسر ، وفي قول غير مشهور عندهم لا جزية عليه [١].

خامسا — الا يكون راهبا . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . ويعلل الحنابلة ذلك بأن الراهب اذا أسر لم يقتل فاذا دخل في الذمة لم تجب عليه الجزية . اما عند الحنفية فقد جاء في الهداية ان الجزية لا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، فان خالطوهم وضعت عليهم الجزية كما ذكر الامام القدوري [٢]. وذكر الامام محمد عن أبي حنيفة انها توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف . ووجه وضع الجزية عليهم هو كونهم من أهل القتال ، وعدم عملهم مع القدرة عليه لا يمنع الوجوب كما لو كان لشخص أرض خراجية ولم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج . ويرى الشافعية وجوب الجزية على الراهب لانها عندهم كأجرة الدار . وفي مذهبهم قول بعدم وجوبها [٣].

١٢٣ — وقت وجوب الجزية :

تجب الجزية في ابتداء السنة ، عند الحنفية ، الا ان أخذها يكون

---

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٧٩ — ٨٠ ، فتح القدير ج٤ ص ٣٧٣ ، المغني ج٨ ص ٥٠٩ ، كشاف القناع ج١ ص ٧٠٧ مغني المحتاج ج٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحل الفاظ ابي شجاع ج٢ ص ٢٢٣ ، الشرح الصغير للدردير ج١ ص ٣٤٢ شرح القرشي ج٣ ص ١٤٤ ، البحر الزخار ج٥ ص ٤٥٧ .

(٢) القدوري هو ابو الحسين احمد بن محمد الفقيه الحنفي المشهور . ولد سنة ٣٦٢ هـ وتوفي سنة ٤٢٨ هـ : طبقات الفقراء لطاش كبرى زاده ص ٧٩ .

(٣) شرح الخرشي ج٣ ص ١٤٤ ، الشرح الصغير للدردير ج١ ص ٣٤١ ، كشاف القناع ج١ ص ٧٠٧ ، الهداية وفتح القدير ج٤ ص ٣٧٣ — ٣٧٤ ، الكاساني ج٧ ص ١١١ ، الدر المختار ورد المحتار ج٣ ص ٣٦٩ ، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٤٤ ، الام للشافعي ج٤ ص ٩٨ ، مغني المحتاج ج٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحل الفاظ ابي شجاع ج٢ ص ٢٢٣ .

والراجح عدم وجوبها على الرهبان لان هؤلاء ليسوا من اهل القتال عادة لانهم حبسوا نفوسهم في الصوامع فاشبهوا من لا يقدر على القتال ، وفي وصية ابي بكر لجنده : (وستمرون على اقوام في الصوامع قد حبسوا انفسهم فيها فدعوهم حتى يميتهم الله على ضلالهم) : المغني ج٨ ص ٤٧٨ .

في آخر السنة وهو الاصح كما قال صاحب المبسوط . وروى عن أبي يوسف انها تؤخذ من الذمي اقساطا ، في آخر كل شهرين قسط . وعند الامام محمد تؤخذ اقساطا شهرا فشهرا [١]. وعند الشافعية والحنابلة تجب في آخر السنة وتؤخذ مرة واحدة [٢].

١٢٤ — عن اي شيء وجبت الجزية ؟

عند الحنفية ، وجبت الجزية على الذميين بدلا عن نصرتهم لدار الاسلام، لان الذميين لما صاروا من اهل دار الاسلام بقبولهم عقد الذمة، ولهذه الدار دار معادية ، وجب عليهم القيام بنصرتها ، لان من هو من اهل دار الاسلام يلزمه القيام بنصرة هذه الدار . ولما كانت ابدانهم لا تصلح لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد اوجب الشرع عليهم الجزية لتؤخذ منهم وتصرف على المقاتلة من المسلمين فتكون خلفا عن النصرة . ولهذا لا تؤخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمقعد مع مشاركتهم لغيرهم في سكنى الدار ، لان هؤلاء لا يلزمهم اصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين فلا يلزمهم ما هو خلف عنه . وقال صاحب فتح القدير : « ان الجزية وجبت بدلا عن قتلهم ، وهذا في حقهم ، وعن نصرتهم لدار الاسلام وهذا في حقنا » [٣]. ويؤيد ما قاله صاحب فتح القدير ما جاء في مبسوط السرخسي : « ان الجزية في حق المسلمين خلف عن النصرة » [٤]. فالجزية على هذا التصوير الحنفي ، ينظر اليها من جانبين : فهي بالنسبة اليهم بدل عن حقن دمهم ، وبالنسبة للمسلمين بدل عن نصرتهم لدار

(١) المبسوط جـ١٠ ص ٨٢ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٤٤ ، الفتاوي الخانية جـ٣ ص ٥٨٩ ، الكاساني جـ٧ ص ١١١ ، الدر المختار ورد المحتار جـ٣ ص ص ٣٦٩ .
(٢) المغني جـ٨ ص ٥٠٤ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٠٨ ، المهذب جـ٢ ص ٢٦٧ .
(٣) فتح القدير جـ٤ ص ٣٧٣ — ٣٧٤ ، وانظر ايضا العناية على الهداية جـ٤ ص ٣٧٤ .
(٤) المبسوط جـ١٠ ص ٧٨ ، ٨١ .

الاســلام .

وعند المالكية والزيدية، وجبت الجزية بدلا عن قتلهم [١]. وعند الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية ، وجبت بدلا عــن قتلهم واقامتهم في دار الاسلام [٢].

١٢٥ ــ القــول الراجــح :

والذي دلّ عليه عمــل الصحابة في وضعهم الجزية على الذميين ، وعقود الذمة التي ابرمها قادة الجيوش الاسلامية في زمن الصحابة ، ان الجزية وضعت على الذميين بدلا عن حمايتهم من قبل الدولة الاسلامية ، لان الاسلام لم يلزمهم بواجب الدفاع عــن دار الاسلام كمــا الزم به المسلمين ، وان كان لهم ان يساهموا في هذا الواجب باختيارهم فتسقط عنهم الجزية كما سنبينه فيما بعد .

ونذكر فيما يلــي بعض السوابق التاريخية المهمة القديمة التــي وقعت في زمن الصحابة والدالة على ان الجزية وضعت على الذميين بدلا عن الحمايــة :

اولا ــ كتــاب خالد بن الوليد لاهل الحيرة ، وقد جاء فيــه : « ... وان هم حفظوا ذلك ورعوه وأدوه الى المسلمين فلهم ما للمعاهد وعلينا المنع لهم » [٣].

وفي تاريخ الطبري : « ولما صالح اهــل الحيرة خالد بن الوليد ، خرج صلوبا بن نسطونا صاحب قس الناطف فصالحه على بانقيا وبسما .. وكتب لهم كتابا :

---

(١) احكام القرآن لابن العربي المالكي جـ١ ص ٣٧٨ ، الروض النضير جـ٢ ص ٤٣٧ ، البحر الزخار جـ٥ ص ٤٥٧ .

(٢) تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٣ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٠٤ ، كشف المخدرات ص ٢٠٦ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٣٧٢ هـ ، باب الجهــاد . المهذب جـ٢ ص ٢٦٧ ، وبعض الشافعية لم يذكر الا البدل عن اقامتهم في دار الاسلام ، فقد جاء في فتح العزيز على الوجيز جـ ١٤ ص ١٦٩ : ولان الجزية أجرة دار الاسلام .

(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب من خالد بن الوليد لصلوبا بن نسطونا وقومه اني عاهدتكم على الجزية والمنعة .. وانك نقيب على قومك ، وان قومك قد رضوا بك ، وقد قبلت ومن معي من المسلمين ورضيت ورضى قومك فلك الذمة والمنعة فان منعناكم فلنا الجزية والا فلا حتى نمنعكم » (١).

ثانيا — كتاب سويد بن مقرن قائد جيش المسلمين في بلاد فارس ، في زمن عمر بن الخطاب ، الى ملك جرجان ، فقد جاء فيه : « بسم الله الرحمن الرحيم : هذا كتاب من سويد بن مقرن لرزبان صول بن رزبان وأهل دهستان وسائر اهل جرجان ان لكم الذمة وعلينا المنعة » (٢).

ثالثا — قال ابو يوسف في كتابه الخراج : « فانما كان الصلح جرى بين المسلمين وأهل الذمة في أداء الجزية ، وفتحت المدن على ان لا تهدم بيعهم وعلى ان يقاتلوا من ناوأهم من عدوهم ويذبوا عنهم فأدوا الجزية على هذا الشرط فافتتحت الشام كلها على هذا » (٣).

فهذه العهود كلها تشير الى ان الجزية وجبت بدلا عن الحماية ولم ينقل لنا خلاف في هذه المسألة فتكون من مسائل الاجماع السكوتي .

١٢٦ — فالقول الصحيح هو ان الجزية بدل عن حماية الدولة الاسلامية للذميين لاعفائهم من واجب الدفاع عن دار الاسلام . وهذا ما كاد الاحناف يصرحون به بل هو مقتضى قولهم ان الجزية وجبت بدلا عن نصرتهم لدار الاسلام ، لان هذه النصرة التي اعفوا منها تتضمن حمايتهم .

وغير الاحناف صرحوا ، وهم يتكلمون عن الجزية ، بما يدل على ان الجزية وجبت بدلا عن الحماية ، من ذلك ما قاله ابن رشد المالكي في كتابه المقدمات : « لانها — أي الجزية — انما تؤخذ منهم سنة بسنة جزاء على تأمينهم واقرارهم على دينهم يتصرفون في جوار المسلمين

(١) تاريخ الطبري جـ٤ ص ١٦ .
(٢) تاريخ الطبري جـ٥ ص ٢٥٤ .
(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٣٨ .

ودمتهم آمنين، يقاتلون عنهم عدوهم ولا يلزمهم ما يلزم المسلمين » [١]. وفي شرح الازهار في فقه الزيدية : « وانما تؤخذ الجزية اذا كانوا في حماية الامام» [٢]. فقولهم « في حماية الامام» يشعر ان الجزية بدل عن الحماية . وقال الماوردي الشافعي: « فيجب على ولي الامر ان يضع الجزية على رقاب من دخل في الذمة من اهل الكتاب ، ليقروا بها في دار الاسلام ويلتزم لهم ببذلها حقين : احدهما الكف عنهم والثانية الحماية لهم ، ليكونوا بالكف آمنين وبالحماية محروسين » [٣]. فهذا القول يشعر ان الجزية وجبت بدلا عن الحماية .

١٢٧ ـ الجزية ليست عقوبة :

وقول بعض الفقهاء ، بل اكثرهم [٤] ، ومنهم الحنفية [٥] ، ان الجزية فرضت عقوبة في حق الذمي لبقائه على الكفر ، لا يتفق وما استخلصناه من عمل الصحابة وعهودهم وما تدل عليه اقوال بعض الفقهاء من ان الجزية بدل عن الحماية . كما ان اعتبارها عقوبة لا يتفق والمبدأ الاسلامي « لا اكراه في الدين » . فحرية العقيدة مضمونة لهم ، وهم يؤاخذون على اعتقاداتهم في الآخرة لا في الدنيا . ولو كانت الجزية عقوبة لوجبت على جميع اهل الذمة ولما نجا منها لا شيخ كبير ولا زمن ولا امرأة . وايضا لو كانت عقوبة لبقائهم على الكفر ، كما يقولون ، لما سقطت باشتراكهم مع المسلمين في الدفاع عن دار الاسلام كما سنذكره بعد قليل .

كما اني لا أتفق مع من قال من الفقهاء ان الجزية تؤخذ من اهل

---

(١) المقدمات لابن رشد جـ١ ص ٢٨٢ .
(٢) شرح الازهار جـ١ ص ٥٨٠ .
(٣) الماوردي ص ١٣٨ .
(٤) المغني جـ٨ ص ٥٠٣ ، مختصر الفتاوي لابن تيمية ص ٥١٢ : والجزية وجبت عقوبة وعوضا عن حقن الدم عند اكثر العلماء .
(٥) الجصاص جـ٣ ص ١٠٠ ، ١٠٣ . الهداية جـ٤ ص ٣٧٥ ، الدر المختار جـ٣ ص ٣٧٢ .

الذمة مع الاهانة وجوبا، أي بالاذلال لهم والشدة معهم، عند أخذها [١] ، معللين هذا القول الغريب « بأن المقصود حصول الاهانة والاذلال لكل احد بعينه عسى ان يكون ذلك مقتضيا لرغبتهم في الاسلام » [٢]. وهذا القول العجيب مردود لان سبيل الدعوة الى الاسلام ليس هو ما قالوه بل ما قاله الله جلّ جلاله : « ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن » [٣]. ثم أين نضع وصايا نبينا الكريم (ص) بلزوم العناية بأهل الذمة والرفق بهم وعدم ايذائهم اذا أخذنا بقول هذا البعض من الفقهاء ؟

١٢٨ ـ مقدار الجزية :

اختلف الفقهاء في مقدار ما يفرض من الجزية على من تجب عليه اختلافا مبسوطا في كتب الفقه . والراجح في هذا الاختلاف انها مفوضة الى رأي الامام [٤].

١٢٩ ـ جزية نصارى بني تغلب :

بنو تغلب بن وائل من العرب ، من ربيعة ، انتقلوا في الجاهلية الى النصرانية فدعاهم عمر بن الخطاب الى بذل الجزية فأبوا ، وقالوا : نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة ، أي الزكاة ، فأبى سيدنا عمر بن الخطاب ، فلحق بعضهم بالروم . فأشار النعمان بن

---

(١) شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٥ .
(٢) المرجع السابق جـ٣ ص ١٤٥ .
(٣) سورة النحل جـ١٤ الآية : ١٢٥ .
(٤) المبسوط جـ١٠ ص ٧٨ ، الكاساني جـ٧ ص ١١١ ـ ١١٢ ، الهداية وفتح القدير جـ٤ ص ٣٦٨ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٤٤ ، تفسير الآلوسي جـ١٠ ص ٧٩ ، الام للشافعي جـ٤ ص ١٠١ ، المهذب جـ٢ ص ٢٦٧ ، شرح الموفق للزرقاني جـ٢ ص ١٤٠ ، شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٥ ، المغني جـ٨ ص ٥٠١ ـ ٥٠٣ ، الروض النضير جـ٢ ص ٤٣٤ ـ ٤٣٨ ، الخلاف للطوسي جـ٣ ص ٢٣٩ ، المختصر النافع ص ١٣٤ ، شرح النيل جـ ١٠ ص ٤٠٥ ، الاموال لابي عبيد ص ٤١ ، نيل الاوطار جـ٨ ص ٦٠ ـ ٦١ ، زاد المعاد لابن قيم الجوزية جـ٢ ص ٨٠ .

زرعـة على عمر أن يأخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، وقال له : يا امير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهـم . فبعث عمر في طلبهم فردهم وأخذ منهم ضعف [1] ما يأخذ مـن المسلمين في الزكاة ولم يخالف احد مـن الصحابة عمر بن الخطاب فصار اجماعا . وقال به الفقهاء ، بعد الصحابة ، كابن ابي ليلى وابي حنيفـة وابي يوسف والشافعي واحمد بن حنبـل والزيدية [2]. وتؤخذ منهم هذه الجزية على شرائط الزكاة عند الحنفية والحنابلة [3]. ومذهب مالك بن انس ان الجزية تؤخذ من نصارى بني تغلب كما تؤخذ من سائر اهل الذمة ، لا فرق بينهم وبين غيرهم فيها . قال ابن القاسـم المالكي في المدونة الكبرى : « لو كانت الصدقة تؤخذ من نصارى بني تغلب مضاعفة ما جهلناه ولكنا نعرفه ، وما سمعت احدا من اصحابه يذكر

(١) ضعف الشيء : مثله او مثـلاه .
فقد جاء في لسـان العرب جـ٩ ص ٢٠٤ : وضعف الشيء ، مثله . وقـال الزجاج : ضعف الشيء مثله الذي يضعفه ، واضعافه امثاله . وفي ص ٢٠٥ « والضعف في كلام العرب أصله المثل الى ما زاد وليس بمقصور على مثليه ، يقال ضعف هذا أي مثله . وجائز في كلام العرب أن يقول هذا ضعفه أي مثلاه وثلاثة امثاله . » ولكن المقصود بكلمـة الضعف في جزية بني تغلب ليس المثل وانما المثلان ، فقد جاء في كتاب الخراج لأبي يوسف ، وهو يتكلم عن جزية بني تغلب ، في ص ١٢٠ : « فصالحهم على ان يضاعف عليهـم الصدقة ... فكل نصراني مـن بني تغلب له غنائم سـائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين شاة فاذا بلغت اربعين سـائمة ففيها شاتان ، وكذلك البقر والابل اذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين » وفي حاشـية ابن عابدين علـى الدر المختار طبعـة بولاق ، الطبعـة الثالثة ، جـ٣ ص ٢٦٨ : « قوله ضعفها ، اى ضعف الخمسـة وهـو عشرة دراهم » وانظر ايضا الاموال لابي عبيد ص ٢٩ .

(٢) المغني جـ٨ ص ٥١٣ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٨ .

(٣) للزكاة شروط ، فهـي تجب على المسلم الحر المالك للنصاب حسب نوع المال الذي يملكه ، وان يحول عليه الحول ان كان سـائمة او ذهبا او فضـة او من عروض التجارة، اما الزروع والثمار والمعادن فلا يعتبر لها الحول . وفي وجوب الزكاة في مـال الصبي والمجنون خلاف بـين الفقهاء : المغنـي جـ٢ ص٥٧٥ وما بعدهـا ، الكاسـاني جـ٢ ص ٩ وما بعدهـا .

هذا » (١) ، وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ايضا ، فقد روي عنه انه أبى على نصارى بني تغلب الا الجزية (٢).

١٣٠ — ومعاملة نصارى بني تغلب ، ليست خاصة بهم عند الحنابلة والشافعية ، فقد قالوا : اذا كان قوم غير مسلمين لهم قوة وشوكة وامتنعوا عن أداء الجزية الا اذا صولحوا على ما صولح عليه بنو تغلب وخيف الضرر بترك اجابتهم الى طلبهم ، ورأى الامام اجابتهم دفعا للضرر ، جاز ذلك اذا كان المأخوذ منهم بقدر ما يجب عليهم من الجزية وزيادة قياسا على ما فعله عمر مع نصارى بني تغلب (٣). وهذا ما أميل اليه لصحة القياس ، لان العلة واحدة وهي قوة القوم ودفع ضررهم ، فاذا وجدت هذه العلة في اية جماعة قوية وخيف الضرر من عدم اجابتها الى ما ارادت من مصالحة ، على نحو ما جرى مع بني تغلب ، جاز للامام ان يصالحها على الجزية بأن تدفعها باسم الصدقة مضاعفة .

١٣١ — ما يسقط الجزية بعد وجوبها :

مسقطات الجزية هي الاسلام ، الموت ، مضي المدة ، حصول بعض الاعذار ، عجز الدولة عن حماية الذمي ، اشتراك الذمي في الدفاع عن دار الاسلام . وفي بعض هذه المسقطات اختلاف بين الفقهاء . وتتكلم فيما يلي عن كل واحدة منها .

١٣٢ — اولا — الاسلام او الموت :

ذهب الحنفية والزيدية والمالكية الى ان الجزية تسقط بالاسلام أو الموت ، بمعنى ان من وجبت عليه الجزية اذا أسلم أو مات بعد وجوبها بسنة أو اكثر ولم تستوف منه فانها تسقط عنه ولا يلزم بها ولا تؤخذ من تركته في حال موته (٤). واحتج الحنفية لهذا القول

(١) المدونة الكبرى للامام مالك جـ٢ ص ٤٢ .
(٢) المغني جـ٨ ص ٥١٣ .
(٣) المغني جـ٨ ص ٥١٦ ، متن المنهاج جـ٤ ص ٢٥١ .
(٤) الفتاوي الخانية جـ٣ ص ٥٨٩ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٤٦ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٢١١ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٩ ، شرح الموطأ للزرقاني جـ٢ ص ١٤١ ، المدونة الكبرى جـ٢ ص ٤٣ ، الشرح الكبير للدردير جـ٢ ص ٢٠٢ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٣ ص ١٤٣ .

بجملة ادلة ، منها : ان النبي (ص) قال : ليس على مسلم جزية . وانها وجبت بطريق العقوبة على الكفر لا بطريق الديون ، وعقوبات الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت . وانها وجبت وسيلة الى الاسلام فلا تبقى بعد الاسلام أو الموت [١].

وذهب الشافعية الى ان الجزية لا تسقط بالاسلام أو بالموت اذا مر على وجوبها سنة فأكثر ، بل تؤخذ منه بعد اسلامه ، ومن تركته بعد موته مقدمة على حق الورثة والوصايا ، وبمرتبة ديون الآدميين . اما اذا أسلم او مات في اثناء الحول فقولان : الاول — لا يلزمه شيء . والثاني — وهو الصحيح عندهم ، يلزمه من الجزية بحصة ما مضى ، لان الجزية وجبت عوضا عن حقن الدم والسكن في دار الاسلام ، وقد استوفى البعض فيجب عليه أداء حصته [٢].

ووافق الحنابلة الحنفية في سقوط الجزية عن الذمي اذا أسلم بعد الحول ، واحتجوا بقوله تعالى « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » [٣] وبقول النبي (ص) : « الاسلام يجبّ ما قبله » . الا ان الحنابلة لم يروا سقوط الجزية بالموت بعد الحول ، بل قالوا تؤخذ من تركته . ولكن اذا مات في اثناء الحول فانهم قالوا بسقوطها لان الجزية لا تجب ولا تؤخذ قبل تمام الحول . وقال بعض الحنابلة بسقوط الجزية بالموت مطلقا لانها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود . وقد رد صاحب المغني هذا القول محتجا بأن الجزية دين وجب على الذمي في حياته فلا يسقط بموته كديون الآدميين ، والحد يسقط بالموت لفوات محله وتعذر استيفائه بخلاف الجزية [٤].

وقول الشيعة الامامية كقول الحنابلة في سقوط الجزية باسلام الذمي او موته بعد الحول ، الا أنهم لم يصرحوا برأيهم في حالة موته في

(١) المبسوط جـ١ ص ٨٠ ، الكاساني جـ٧ ص ١١٢ .
(٢) متن المنهاج جـ٤ ص ٢٤٩ ، المهذب جـ٢ ص ٢٦٧ — ٢٦٨ .
(٣) سورة الانفال جـ٩ ، الآية ٣٨ .
(٤) المغني جـ٨ ص ٥١١ — ٥١٢ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٠٨ .

أثنـــاء الحول [١].

١٣٣ — وقول الحنفية هو الصحيح ، فالجزيــة تسقط بالاسلام أو الموت . لكن لا نوافقهم على قولهم ان الجزية وجبت بطريق العقوبة ، لانها وجبت بدلا عــن الحماية كما بينا مــن قبل . والواقع ان سقوط الجزية باسلام الذمي يستند الى قول النبي (ص) : « ليس على مســلم جزية » ، ومعناه كما قال ابو عبيد : « ان رجلا لو اسلم في آخر السنة وقد وجبت عليه الجزية أن اسلامه يسقطها عنه فلا تؤخذ منه ، وان كانت قد لزمته قبل ذلك .. » [٢].

واما سقوط الجزية عن الذمي بموته فلان الجزية لم تشرع لغرض المــال وانما شرعت وسيلة الى الاســلام ، كمــا قال الاحناف انفسهم ، ووافقهم الامام القرافي [٣] ، فقال : « شرع الله تعالى الجزية رجــاء ان يسلم في مستقبل الازمان لا سيما مع اطلاعه على محاسن الاسلام » [٤]. فاذا حصل الاســـلام فقد حصل المقصود ، واذا مات الذمــي فقد فات المقصود فلا حاجة بعده الى التشبث بالوسيلة .

١٣٤ — ثانيا — مضي المدة :

ويراد به مضي سنة او اكثر على وجوب الجزية دون ان تستوفي من الذمي . فهل يجب على الذمي أداء جزية ما مضى ام لا ؟

اختلف الفقهاء ، فعند ابي حنيفــة لا يطالب بجزية السنين الماضية

(١) المختصر النافع ص ١٣٥ ، الخلاف للطوسي جـ٣ ص ٢٣٩ ، جواهــر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، بحث الجهـــاد .

(٢) الاموال لابي عبيــد ص ٤٧ . وانظر ايضا المقدمات لابن رشــد جـ١ ص ٢٨٤ — ٢٨٥ .

(٣) هو الامام شهاب الدين ابو العباس احمد بن ابي العلاء ادريس بن عبد الرحمن المصري المشهور بالقرافي ، الفقيه المالكي وصاحب المصنفات الكثيرة توفــي ســنة ٦٨٤ هـ : الديباج المذهب للامام ابن فرحــون ص ٦٢ وما بعدهــا .

(٤) الفروق للقرافي جـ٣ ص ١١٠ .

ولا بالسنة التي هو فيها حتى تنقضي [١] ، وعند الصاحبين يطالب الذمي بجزية السنين الماضية وبجزية السنة التي هو فيها ايضا [٢].

وحجة الصاحبين ان خراج الارض لا يسقط بالتأخير فكذا الجزية، لان كلا منهما دين فلا يسقط بالتأخير كسائر الديون [٣]. ولان الذمي

(١) ويلاحظ هنا ان قول ابي حنيفة بسقوط الجزية بمضي المدة . لا يعني ان مضي المدة مسقط للحق في الشريعة الاسلامية ، فالواقع ان الشريعة الاسلامية لا ترى سقوط الحق أو اكتسابه بمضي المدة . ولهذا كان الاصل المقرر في الشريعة ان الالتزام لا يسقط الا بالوفاء او بما يقابل الوفاء . ولكن الفقهاء المتأخرين لاعتبارات من رعاية استقرار المعاملات في المجتمع اجازوا عدم سماع الدعوى اذا كان قد مضى على الحق المدعي به مدة معينة يختلفون في مقدارها : احكام الاراضي لاستاذنا شاكر ناصر ص ٤٢٥ — ٤٢٦ . ونظام عدم سماع الدعوى لمرور الزمن ، الذي قرره فقهاء المسلمين ، يختلف عن النظام المسقط للحق المقرر في القوانين الوضعية كالقانون المصري . ففي النظام الاسلامي لا يقضي بعدم سماع الدعوى الا عند انكار المدعي عليه، ولهذا اذا اقر بحق المدعي لم يجز له التمسك بالتقادم ، في حين ان هذا الاقرار لا يمنع من تمسك المدعي عليه بالتقادم طبقا للقانون الوضعي : اثر مضي المدة في الالتزام لاستاذنا الدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٢٥٣ — ٢٥٤ .

ويلاحظ هنا ايضا ، ان قول ابي حنيفة بسقوط الجزية بمضي المدة ، يعني ان دين الجزية دين ضعيف ، لان الدين القوي لا يسقط مع قيام سببه الا بالاداء أو الابراء ، والدين الضعيف هو ما يمكن ان يسقط بسبب آخر غير الاداء او الابراء . وعلى هذا فان المقاصة الجبرية لا تقع بدين الجزية اذا كان ما يقابلها دين قوي ، لان الحنفية اشترطوا للمقاصة الجبرية شروطا : منها تماثل الدينين قوة وضعفا : المقاصة الجبرية لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٦٠ — ٦٢ .

وقد لاحظ استاذنا محمد سلام مدكور بحق ان ما اشترطه الاحناف من شروط لوقوع المقاصة تشدد لا مبرر له ، اذ لا مدخل لما عساه يطرأ على احد الدينين ولم يكن قد طرأ عليه حين وقوع المقاصة . فالدينان سواء في ان كلا منهما حال يجب الوفاء به ، ولصاحبه الحق في المطالبة به لا يحول بينه وبين تقاضيه اي حائل ، وهو لو تقاضاه منه وأداه اليه ثانية لبرأت ذمته ولكان هذا العمل عبثا لا فائدة منه ، ولا معنى لمراعاة امر موهوم لم يقع حتى جاء امر المقاصة : المقاصة لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٦٣ .

(٢) الفتاوي الخانية جـ٣ ص ٥٨٩ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٤٦ ، المبسوط جـ١٠ ص ٨٢ ، الكاساني جـ٧ ص ١١٢ .

(٣) الكاساني جـ٧ ص ١١٢ .

اذا بقي مصرا على الكفر فاستيفاء ما وجب عليه من الجزية مـن الوجه الذي وجب ممكن بخلاف ما بعد اسلامه او موته (١).

وحجة أبي حنيفة ان الجزية واجبة على وجه العقوبة لاقامتهم على الكفر مع كونهم من اهل القتال ، وحق الاخذ فيها الى الامام فاشبهت الحدود . ولما كان اجتماع الحدود من جنس واحد يوجب الاقتصار على واحد منها ، فكذلك حكم الجزية لانها مستحقة على وجه العقوبة . بل ان الجزية أخف وأضعف من الحدود لانهـا تسقط بالاسلام ، والحدود لا تسقط بالاسلام . ولا يمكن قياس الجزية على خراج الارض فـي عدم السقوط بالتأخير لان خراج الارض ليس بصغار ولا عقوبة ، بدليل انه يؤخذ من المسلم ، والجزية لا تؤخذ من المسلم (٢). وغير المسـلم اذا أسلم بعد مضي سنة لا يسقط عنه خراج ارضـه ، والجزية تسقط عنه . وبهذا يتبين ان الجزية ليست كسائر الديون فبطل قياسها علـى الخراج في عدم السقوط عند تأخر الاداء (٣).

ومذهب الحنابلة والشافعية والشيعة الامامية عدم سقوط الجزية بمضي المدة بحجة ان الجزية حق مالي يجب في آخر كل حول فلا تتداخل كالديـة (٤).

والراجح ، عندي ، عدم سقوط الجزية بمضي المدة . وما احتج به أبو حنيفة لا ينهض حجة لما ذهب اليه . فالجزية ليست عقوبة على بقاء الذمي على الكفر كما قد بينا هذا من قبل (٥). واما سقوطها بالاسلام فللترغيب فيه كما قلنا ولا يوجد هذا المعنى في التأخير فلا يكون مسقطا لها . وايضا فان الجزية وجبت لاشراك الذمي في الدفاع عن دار الاسلام

(١) المبسـوط جـ١٠ ص ٨٢ .
(٢) الجصـاص جـ٣ ص ١٠٠ .
(٣) الكاساني جـ٧ ص ١١٢ .
(٤) المغني جـ٨ ص ٥١٢ ، المحرر جـ٢ ص ١٨٤ ، جواهر الكلام في فقـه الشيعة الامامية ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، وفيه : ولا تتداخـل الجزية فاذا اجتمعت عليه جزية سنين مثلا استوفيت منه اجمع .
(٥) فقرة ١٢٧ ص ١٤٦ من هـذه الرسـالة .

عن طريــق المساهمة بماله وهذا المعنى لا يســقط بالتأخير فلا تسقط الجزيــة .

١٣٥ ـ ثالثا ـ حصول بعض الاعذار :

صرح الحنفية بسقوط الجزية اذا طرأت بعض الاعذار المانعة مــن ايجاب الجزية كما لو صار الذمي فقيرا لا يقدر على شيء او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا . ففي هذه الاحوال تسقط عنه الجزية، ولا تؤخذ منه جزيــة ما مضى اذا لم يكن قد أداهــا في وقتها [١]. ويشترط ان تدوم هذه الاعذار نصف سنة فأكثر حتى يسقط الباقي من الجزية [٢].

وعند المالكية تسقط الجزية عند العجز عن أدائها ولا تؤخذ منــه بعد يساره ، فقد قالوا : « ... ومن كان غير قادر على شيء سقطت عنه فلا يطالب بها بعد غناه » [٣].

١٣٦ ـ سقوط الجزية بعجز الدولة الاسلامية عن حماية الذميين :

قلنــا ان الجزية بدل عــن الحماية لان الاسلام لم يلزم الذميين بواجب الدفاع عن دار الاسلام رعاية لهم وعناية بهم، فاذا عجز المسلمون عن حمايتهم لم يبق ما يدعو الى بقائها فتسقط . يدل على هــذا الذي نقوله السوابق التاريخية في زمن الصحابة ، وهم أعرف بأغراض التشريع الاسلامي من غيرهم . ومن هذه السوابق ما يأتي : ـ

١ ـ جاء في صلح خالد بن الوليد مع صلوبا بن نسطونا ـ صاحب قس الناطف في منطقــة الحيرة ، ما يأتي : « انــي عاهدت على الجزية والمنعة ... فان منعناكم فلنا الجزية والا فلا حتى نمنعكم » [٤].

---

(١) الدر المختار جـ٣ ص ٣٧٢ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٤٦ ، الفتاوي الخانية جـ٣ ص ٥٨٩ : واذا مات من عليه الجزية او أسلم وبقى عليه من الجزية لم يؤخذ ذلك الباقي عندنا وكذلك اذا عمي أو صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع ان يعمل او صار فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه من جزية رأسه شيء سقط الباقي .

(٢) رد المحتار لابن عابدين جـ٣ ص ٣٧٢ — ٣٧٣ .

(٣) شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٥ ، وبلغة السالك جـ١ ص ٣٤٢ .

(٤) تاريـخ الطبري جـ٤ ص ١٦ .

ب — ان أبا عبيدة بن الجراح عندما اعلمه نوابه على مدن الشام بتجمع الروم كتب اليهم : أن ردوا الجزية على من اخذتموها منه . وامرهم ان يقولوا لهم : انما رددنا عليكم اموالكم لانه قد بلغنا ما جمع لنا من الجموع وانكم اشترطم علينا ان نمنعكم وانا لا نقدر على ذلك وقد رددنا عليكم ما أخذنا منكم ونحن لكم على الشروط وما كتبنا بيننا وبينكم ان نصرنا الله عليهم [١].

جـ — وفي كتاب حبيب بن مسلمة لاهل تفليس : « والجزية على كل أهل بيت دينار .. وان عرض للمسلمين شغل عنكم فقهركم عدوكم فغير مأخوذين بذلك ولا هو ناقض عهدكم » [٢].

١٣٧ — سقوط الجزية باشتراك الذميين في الدفاع عن دار الاسلام :

الجزية بدل عن الحماية فاذا ساهم الذميون في الدفاع عن دار الاسلام فقد قاموا بالاصل الذي من أجله وجبت عليهم الجزية . ونذكر فيما يلي بعض السوابق المهمة التي وقفنا عليها والدالة بصراحة على سقوط الجزية عن الذميين اذا ما اشتركوا في الدفاع عن دار الاسلام .

اولا — كتاب عتبة بن فرقد الى أهالي أذربيجان ، فقد جاء فيه : « بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أعطى عتبة بن فرقد عامل عمر بن الخطاب أمير المؤمنين أهل اذربيجان سهلها وجبلها وحواشيها وأهل مللها كلهم الامان على أنفسهم واموالهم وشرائعهم على ان يؤدوا الجزية على قدر طاقتهم .. ومن حشر منهم في سنة وضع عنه جزاء تلك السنة» [٣].

ثانيا — ما رواه الطبري عن ملك « الباب » ، في نواحي ارمينيا ، واسمه شهر براز ، انه طلب من سراقة بن عمرو ، امير تلك المناطق ، ان يضع عنه وعمن معه الجزية على ان يقوموا بما يريده منهم ضد عدوهم ، فقبل سراقة وقال له :

---

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٩ .
(٢) تاريخ البلاذري ص ٢٨٣ — ٢٨٤ .
(٣) تاريخ الطبري جـ٥ ص ٢٥٠ .

« قد قبلنا ذلك ممن كان معك على هـذا ما دام عليه ، ولا بد من الجزاء ممن يقيم ولا ينهض» . فقبل ذلك وصار سنّة فيمن كان يحارب العدو من المشركين وفيمن لم يكن عنده الجزاء الا ان يستنفروا فتوضع عنهم جزاء تلك السنة . وكتب سراقة الى عمر بن الخطاب بذلك فأجازه وحسـنه » (١).

ثالثـا — كتاب سراقة لاهل ارمينية ، فقد جاء فيه :

« بسم الله الرحمن الرحيم . هـذا ما أعطى سراقة بن عمرو عامل امير المؤمنين عمر بن الخطاب شهر براز وسكان ارمينية والارمن من الامان، أعطاهم امانا لانفسهم واموالهم وملتهم ألا يضاروا ولا ينتقصوا ، وعلى أهل ارمينية و .. ان ينفروا لكل غارة وينفروا لكل أمر ناب او لم ينب رآه الوالي صلاحا على ان توضع الجزاء عمن اجاب الى ذلك » (٢).

رابعـا — وفي كتاب سويد بن مقرن قائد جيش المسلمين فـي بلاد فارس في زمن عمر بن الخطاب ، الى ملك جورجان :

«بسم الله الرحمن الرحيم . هذا كتاب من سويد بن مقرن لرزبان صول بن رزبان واهل دهستان وسائر اهل جورجان ان لكم الذمة وعلينا المنعة ... ومن استعنا به منكم فله جزاؤه في معونته عوضا عن جزائه » (٣).

خامسـا — ان الجراجمة في جبل اللكام في نواحي أنطاكية، نقضوا العهد فوجه ابو عبيدة بن الجراح الى انطاكية مـن فتحها ثانية ، وولى عليها بعـد فتحها حبيب بن مسلم الفهري . فغزا الجرجومة — مكان الجراجمة — فلم يقاتله اهلها ، ولكنهم طلبوا الامان والصلح فصالحوه على ان يكونوا اعوانا للمسلمين وعيونا ومسالح في جبـل اللكام وان لا يؤخذوا بالجزية ... ودخل من كان في مدينتهم في هذا الصلح (٤).

فهـذه السوابق التاريخية في عهـد الصحابة صريحة في سقوط

(١) تاريخ الطبري جـ٥ ص ٢٥٦ .
(٢) المرجـع السـابق ص ٢٥٧ .
(٣) المرجـع السـابق ص ٢٥٤ .
(٤) تاريـخ البلاذري ص ٢١٧ .

الجزية عمن يحارب مع المسلمين ويشارك في الدفاع عن دار الاسلام ، حتى صار هذا الامر مألوفا شائعا « وسنة فيمن كان يحارب العدو من المشركين » ولم ينقل لنا خلاف فيه ، بل ان عمر بن الخطاب قد حسن هذا الاجراء عندما اخبره به سراقة مما يدل على ان هذا الحكم كان مجمعا عليه في زمن الصحابة .

فالجزية اذن تسقط باشتراك الذميين مع المسلمين في الدفاع عن دار الاسلام ، او اذا استعدوا لهذا الدفاع وهيأوا أنفسهم له ، اذ لا يشترط الدفاع الفعلي وانما يكفي التهيؤ لهذا الدفاع والقتال ضد العدو .

وقد أشار الاباضية الى سقوط الجزية باشتراكهم في الدفاع عن دار الاسلام ، فقد جاء في شرح النيل في بحث الجزية : « وأن يتركها — أي الامام — كلها ان اعانوهم على عدوهم بالسلاح »[١].

١٣٨ — الجزية في الوقت الحاضر :

في البلاد الاسلامية، في الوقت الحاضر ، ذميون وهؤلاء لا تؤخذ منهم جزية في معظم الدول الاسلامية كما في العراق والجمهورية العربية المتحدة . ويمكن توجيه عدم ادائهم الجزية توجيها شرعيا بأن يقال ان الذميين في هذه الدول يشتركون مع المسلمين في واجب الدفاع عن دار الاسلام . والمساهمة في هذا الواجب تسقط الجزية بعد وجوبها أو تمنع وجوبها اصلا كما رأينا في بعض السوابق التاريخية التي ذكرناها . فهم يؤدون الخدمة العسكرية ويساهمون في الدفاع عن الوطن، فقد نص الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته الحادية عشرة على ان : « الدفاع عن الوطن واجب مقدس ، وأداء الخدمة العسكرية شرف للمواطنين والتجنيد اجباري وفقا للقانون » . كما نص القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ المعدل بشأن الخدمة العسكرية والوطنية في الجمهورية العربية المتحدة ، في مادته الاولى : « تفرض الخدمة العسكرية او الوطنية

---

(١) شرح النيل جـ١٠ ص ٤٠٨ .

على كل مصري من الذكور أتمّ الثامنة عشرة من عمره » •

ونص دستور الجمهورية العراقية الموقت في مادته السادسة عشرة :
« الدفاع عن الوطن واجب مقدس وأداء الخدمة العسكرية شرف للمواطنين وتنظم احكامها بقانون » •

ومن هذا كله ، يتجلى لنا ان اعفاء الذميين ، في العراق والجمهورية العربية المتحدة ، من أداء الجزية لا يعد مخالفة للشرع الاسلامي باعتبار ان هؤلاء الذميين يساهمون ، برضاهم ، في الدفاع عن الوطن • ونقول برضاهم ، مع ان القانون يلزمهم بهذا الواجب ، لانهم لا يرغبون في تمييزهم عن المواطنين المسلمين في هذا الواجب بل يرغبون فيه •

المبحث الثاني

الخراج

١٣٩ — الخراج في اللغة الاتاوة ، وأصله ما يخرج من غلة الارض والمال ، ومن معناه المال المضروب على الارض ، والجزية . والجمع اخراج واخرجه [١]•

وفي اصطلاح الفقهاء ، الخراج ما وضع على رقاب الارضين من حقوق تؤدي عنها [٢]•

فالخراج ضريبة مالية على الاراضي ، وهذه تسمى الاراضي الخراجية ، وهي أنواع كما سنبينه فيما بعد •

وقد ورد استعمال كلمة الخراج بمعنى الجزية على ألسنة الفقهاء ،

---

(١) المنجد ص ١٦٩ ، وفي المصباح المنير جـ١ ص ٢٢٧ الخراج والخُرج ما يحصل من غلة الارض .

(٢) الماوردي ص ٤١، ابو يعلي الحنبلي ص ١٤٦ ، وفي شرح الازهار في فقه الزيدية : الخراج ما ضرب على اراضي الكفار المغنومة عنوة التي تركت بيد أهلها : جـ١ ص ٥٧١ •

فمن ذلك ما قاله ابو حنيفة « ولا يترك ذمي في دار الاسلام بغير خراج رأسه » [١]. وعن الشعبي قال : « اول مـن فرض الخراج رسول الله (ص) ، فرض على أهل هجر على كل محتلم ذكرا كان او انثى » [٢].

الا أن المعنى الشائع في استعمال كلمة الخراج عند الفقهاء هـو ما يفرض على الارض من ضريبة مالية . فاذا اطلقت كلمة الخراج فانما يراد بهـا ضريبة الارض ولا يطلق اسم الخراج علـى الجزية الا مقيدا بخراج الرأس [٣].

١٤٠ — والخراج في الاصل تكليف مالي على الذمـي في أرضه ، اذ هكذا فعـل سيدنا عمر بن الخطاب عند فتحه العراق ، فقـد ترك الارض بأيدي أهلها وضرب على رؤوسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج بعد مشاورة الصحابة وموافقتهم [٤].

١٤١ — الاراضـي الخراجيـة :

الاراضي الخراجية هي التي يضرب عليها الخراج ابتداء اذا كانت تحت يد ذمي ، وهي عند الحنفية ، انواع :

أ — الاراضي المفتوحة عنوة وقهرا ، اذا منّ الامام على اصحابها وتركها في أيديهم ، فانه يضع عليها الخراج ، كما فعل عمر بن الخطـاب بأرض مصر وأرض السواد في العراق وغيرهما [٥].

ب — الارض التي تركت الى أهلها صلحا على وظيفة معلومة فانها

---

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٢ .
(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٢٩ . والشعبي هو عامر بن شراحيل ، فقيه تابعي مات سنة ١٠٤ هـ : الحديث والمحدثون ص ١٩٦ — ١٩٧ .
(٣) فتـح القديـر جـ٤ ص ٣٦٧ .
(٤) الجصـاص جـ٣ ص ٤٣٠ .
(٥) الخراج لابي يوسف ص ٤٤ ، الهداية جـ٤ ص ٣٥٩ .
ويلاحظ هنا ان ارض الحجاز واليمن وارض العرب كلهـا . تعتبر من الاراضي العشرية ولو ان النبي (ص) فتح بعضها لانـه صلى الله عليه وسلم لم يضع عليها الخراج ، وعلى هذا جرى العمل : الخراج لابي يوسف ص ٥٨ — ٦٠ .

تكون خراجية لما روي عـن النبي (ص) انه صالح نصارى نجران على جزية رؤوسهم وخراج اراضيهم على الفي حلة ، وروي على اكثر مـن هـذا المقدار [١].

جـ ـ اراضي نصارى بنـي تغلب ، لان عمر بن الخطاب صالحهم على ان يأخذ من اراضيهم العشر مضاعفا ، وذلك خراج في الحقيقة [٢].

د ـ ارض الموات التي احياها ذمي ، وداره التي اتخذها بستانا ، وارض الغنيمة اذا حصل عليهـا الذمي بسبب اشتراكه في القتال مـع المسلمين . وانما كانت هذه الاراضي خراجية ، لان الارض لا تخلو من خراج او عشر ، وارض الذمي يفرض عليهـا ابتداء الخراج لما في العشر من معنى العبادة ، والذمي ليس من أهل وجوبها [٣].

هـ ـ الارض العشرية اذا تملكها ذمـي . فعند أبي حنيفة تصير خراجية، وحجته ان في العشر معنى العبادة وليس هو من أهل وجوبها ، ولهذا لم يجب عليه العشر ابتداء فكذلك لا يجب عليه في حال البقاء . واذا تعـذر ايجاب العشر وجب الخراج اذ لابد من فرض ضريبة علـى الارض في دار الاسلام : العشر أو الخراج . وعند أبي يوسف ومحمد تبقى الارض عشرية ولا تصير خراجية ، الا ان ابا يوسف قال ان على الذمي عشرين ، وقال محمد ان عليه عشرا واحدا . وحجة الامام محمد ان الاصل بقـاء ما فرض على الارض ابتداء فلا يتغير بتغـير المالك ، كالخراج لا يتبدل بتبدل المالك ، والجامع بينهما ان كـلا مـن العشر والخراج مؤونة الارض . وحجة أبي يوسف انه لما وجب العشر علـى غير المسلم ، كمـا قال محمد ، فالواجب عليـه باسم العشر ان يكون مضاعفا كما هو الحال بالنسبة لنصارى بني تغلب [٤].

والراجح قول أبي حنيفة ، لان العشر زكـاة ما تخرجه الارض ،

---

(١) الكاسـاني جـ٢ ص ٥٨ .
(٢) المرجـع السـابق جـ٢ ص ٥٨ .
(٣) المرجـع السـابق جـ٢ ص ٥٨ .
(٤) المرجـع السـابق جـ٢ ص ٥٤ ـ ٥٥ .

والزكاة لا تؤخذ من الذمي ، فليس العشر ضريبة محضة كالخراج حتى يمكن ان يقال ببقائه اذا تملك الذمي ارضا عشرية .

١٤٢ — انــواع الخــراج :

الخراج نوعان : خراج وظيفة وخراج مقاسمة .

(ا) — خــراج الوظيفــة :

وهو ما يفرض على الارض بالنسبة الى مساحتها ونوع زراعتها . والاصل فيــه ما فعله عمر بن الخطاب في أرض الســواد فــي العراق بعد فتحها . فقد تركهــا بأيدي اهلهــا ، وفرض على كل جريب ارض بيضاء تصلح للزراعة قفيزا مما يزرع فيها ودرهما ، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم ، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم . وقد جعل عمر هذه المقادير بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليــه أحد . اما جريب الارض التي فيها اشجار مثمرة بحيث لا يمكن زراعتها فقد روي عن أبي يوسف انه قال : اذا كانت النخيل والاشجار ملتفة جعلت عليها الخراج بقــدر ما تطيق ولا أزيد على ما يوظف على جريب الكرم أي عشرة دراهم [١].

(ب) — خــراج المقاســمة :

وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج نحو الخمس والسدس وما أشبه ذلك [٢]. وهــذا النوع من الخراج جائز ، فقد فعله النبــي (ص) مــع أهل خيبر لما افتتحها [٣]. والفرق بين النوعين هو ان فــي خراج الوظيفة يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع

(١) الكاساني جـ٢ ص ٦٢، المبسوط جـ١٠ ص ٧٩ . والرطبة هي القثاء والخيار والبطيخ ونحو ذلك : رد المحتار جـ٣ ص ٣٦٠ . ومســاحة الجريب بالامتار المربعة ١٣٦٦٫٠٤١٦ اي ان كل فدان مصري يساوي ٣ اجرية وبعض الجريب . اما وزن القفيز فهو ٢٫٧٥١ كيلو جــرام باعتبار انه صاع : الخراج في الدولة الاسلامية للاستاذ محمد ضيــاء الدين الريس ص ٢٧٧ — ٢٧٩ ، ٢٠٢ — ٣٠٥ .

(٢) الكاساني جـ٢ ص ٦٣ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٣٧ .

(٣) الكاســاني جـ٢ ص ٦٣ .

بالارض • اما خراج المقاسمة فيتعلق بالخارج من الارض لا بالتمكن من الزراعة حتى اذا عطل الارض صاحبها مع التمكن من الانتفاع بها لم يجب عليه شيء [١]• وخراج الوظيفة يؤخذ مرة واحدة في السنة ، اما خراج المقاسمة فيتكرر أخذه بتكرر الخارج من الارض [٢]•

١٤٣ — مبنى الخراج على الطاقة :

المنظور اليه عند تعيين مقدار الخراج هو طاقة الارض أي قدرتها على تحمل ما يفرض عليها من الخراج • والدليل على هذا ما روي إن حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف لما مسحا سواد العراق ووضعا عليها الخراج بأمر عمر بن الخطاب ، قال لهما عمر : لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق ؟ قالا : لا ، بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت • فدل هذا الخبر على ان مبنى الخراج على الطاقة [٣]•

ومناقشة عمر لعثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان في مقدار ما وضعاه من خراج دليل على عدالة عمر المستمدة من سماحة الاسلام وعدالته بالنسبة الى كل انسان مهما كان دينه ، وسواء كان عدوا أو صديقا ، قريبا أو بعيدا ، قال تعالى « ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى » [٤]• كما يدل كلام عمر على ان المسلمين لم ينظروا الى غير المسلمين ، من اهل البلاد المفتوحة ، نظرة استغلال ، وهذا يؤيد ان الفتح الاسلامي ما كان يراد به الكسب المادي واستغلال الشعوب وانما هدايتها واقامة العدل فيها •

فالخراج ، اذن ، يتحدد مقداره بقدر طاقة الارض ، ولهذا جاءت الروايات المختلفة عن عمر بن الخطاب في مقادير الخراج • وانما اختلفت هذه المقادير ، كما قال الفقهاء ، لإختلاف الاراضي من حيث الجودة

(١) الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٣٧ — ٢٣٨ .
(٢) الدر المختار ورد المحتار جـ٣ ص ٣٦٥ .
(٣) الكاساني جـ٢ ص ٦٢ — ٦٣ .
(٤) سورة المائدة جـ٥ الآية ٨ .

ومقدار الغلة وكثرة المؤونة وقلتها [١].

وقد نص الفقهاء على بعض الامور التي يجب ان تلاحظ ، عند فرض الخراج ، للتعرف بها على طاقة الارض ، من ذلك خصوبة الارض، ونوع ما يزرع فيها وأثمانه ، وطريقة سقيها ، وقربها أو بعدها عن المدن والاسواق [٢].

١٤٤ - هل الخراج تقدير ثابت ام يتغير بتغير الاحوال ؟

ذهب الحنابلة والزيدية والشافعية الى أن مقدار الخراج يرجع الى رأي الامام واجتهاده . فليس هو بتقدير ثابت ، فلا يتقيد الامام بما فرضه عمر بن الخطاب، بل له أن يزيد عليه أو ينقص منه . وانما عليه أن يراعي طاقة الارض كما فعل عمر بن الخطاب نفسه عند فرض الخراج على أرض العراق وغيرها [٣].

أما الحنفية فقد اتفقوا على جواز نقصان الخراج عما فرضه عمر بن الخطاب ، ولكنهم اختلفوا في الزيادة عليه . فعلى قول الامام محمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف يجوز للامام ، عند فرضه الخراج ، أن يزيد على ما وضعه عمر بن الخطاب كما له أن ينقص منه . وعلى قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز له أن يزيد عليه وان كان له ان ينقص منه . وهذا القول هو الصحيح في المذهب الحنفي [٤].

والراجح من القولين قول الحنابلة ومن معهم ، بل هو الصحيح الذي ينبغي المصير اليه ، لان مبني الخراج على طاقة الارض ، وهذا هو

(١) فتح القدير جـ٤ ص ٣٦٣ ، الماوردي ص ١٤٣ ، ابو يعلي الحنبلي ص ١٥٠ - ١٥١ .
(٢) الماوردي ص ١٤٣ - ١٤٤ ، ابو يعلي الحنبلي ص ١٥١ .
(٣) شرح منتهى الارادات جـ١ ص ٧٣٤، الروض النضير جـ٢ ص ٤٣٥ - ٤٣٦ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٣ ، الماوردي ص ١٤٣ .
(٤) الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ .

الاصل المتفق عليه . فاذا كانت الارض تطيق من الخراج مقدارا أكبر مما وضعه عمر بن الخطاب ، فلم لا يجوز للامام أن يضعه ؟. الواقع أن عمر بن الخطاب ، كما يقول ابو يوسف ، لم يقل عند وضعه الخراج « ان هذا الخراج لازم لاهل الخراج وحتم عليهم ولا يجوز لي ولمن بعدي من الخلفاء أن ينقص منه ولا يزيد فيه » [١].

كما ان قيمة النقود تتغير بتغير المكان والزمان ، فمن المناسب المعقول أن يلاحظ هذا التغيير عند وضع الخراج . والقول بالتقيد بما وضعه عمر ، في هذه الحالة ، يؤدي الى الاضرار ببيت المال أو بأصحاب الاراضي ، والضرر في الشريعة مرفوع اذ لا ضرر ولا ضرار .

١٤٥ — واذا وضع الخراج ثم طرأ على الارض طاريء أضعف طاقتها أو زادها فهل يغير الخراج بما يلائم وضعها الجديد أم لا ؟.

أما تنقيص الخراج لنقصان طاقتها فهذا جائز للامام ، وقد حكى الاجماع على جوازه الحنفية والزيدية . ولكن الشافعية والحنابلة فصلوا في المسألة ، فقالوا : اذا كان نقصان طاقة الارض بسبب من أصحابها فالخراج لا ينقص ، واذا كان النقصان بسبب من غيرهم فالخراج ينقص [٢]. وهذا تفصيل حسن يحقق العدالة ويدفع الضرر عن بيت المال وعن أصحاب الارض على حد سواء .

أما زيادة الخراج الموظف على الارض ، عند زيادة طاقتها ، ففيه اختلاف عند الاحناف ، ففي الهداية : « وأما الزيادة عند زيادة الريع ، يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان . وعند أبي يوسف لا يجوز ، لان عمر لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة » [٣].

(١) الخراج لابي يوسف ص ٨٤ .
(٢) شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٣ ، الكاساني جـ٢ ص ٢٣ ، الهداية وفتح القدير جـ٤ ص ٣٦٣ ، رد المحتار جـ٣ ص ٣٦١ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٣٨ ، الماوردي ص ١٤٥ ، أبو يعلي الحنبلي ص ١٥٢ .
(٣) الهداية جـ٤ ص ٣٦٣ .

والزيدية مختلفون أيضا في هذه المسألة [١]. اما الشافعية والحنابلة فالزيادة عندهم تجوز اذا كانت زيادة طاقة الارض بسبب ليس من جهة اصحاب الارض [٢].

والراجح قول من اجاز زيادة الخراج عند زيادة طاقة الارض ، لان مبنى الخراج على الطاقة ، فكما انه ينقص بنقصانها فينبغي ان يزيد بزيادتها . والاحتجاج بان عمر بن الخطاب لم يزد الخراج عندما اعلم بتحمل الارض اكثر مما فرض عليها لايدل على منع زيادة الخراج عند زيادة طاقة الارض ، لان زيادة الخراج في هذه الحالة أمر جوازي مفوض الى رأي الامام . ويمكن ان عمر بن الخطاب لم يزد الخراج لرغبته في التخفيف عن اصحاب الاراضي وقد تم فتحها قريبا . وابو يوسف نفسه قال : ان عمر لم يقل حين وضعه الخراج انه لازم لي ولمن جاء بعدي ، كما ذكرنا هذا من قبل .

١٤٦ ـ الخراج على صاحب الارض :

خراج الارض يدفعه صاحب الارض ، سواء أكان رجلا أم امرأة أم صبيا . لانه مؤونة الارض النامية ، وهم في حصول النماء سواء [٣]. ولان عمر بن الخطاب حين وضع الخراج جعله عاما [٤].

واذا آجر صاحب الارض ارضه أوأعارها أو اعطاها مزارعه فخراجها على صاحب الارض ، وهذا ما صرح به الحنفية . ولو غصبها غاصب وزرعها فخراجها على الغاصب اذا لم تنقصها الزراعة ، فان نقصتها فالخراج على صاحب الارض كأنه آجرها منه . وقال الامام محمد : ينظر الى نقصان الارض والى الخراج ، فان كان ضمان النقصان اقل من الخراج فالخراج على الغاصب ويسقط عنه ضمان النقصان [٥].

(١) شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٣ .
(٢) الماوردي ص ١٤٥ ، ابو يعلي الحنبلي ص ١٥٣ .
(٣) المبسوط جـ١٠ ص ٧٩ .
(٤) الاموال لابي عبيد ص ٧٢ .
(٥) الكاساني جـ٢ ص ٥٦ .

١٤٧ — هل يجب الخراج عند تعطيل الارض الخراجية ؟

قال الحنفية : خراج الوظيفة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض ، فيجب بمجرد تسكن صاحب الارض من الانتفاع بها حتى ولو لم يزرعها [١]. وحيث ان التمكن من الانتفاع ثابت ، وهو الذي فوته بتقصير منه ، فيتحمل هو تقصيره [٢]. ولا يجب الخراج اذا كان تعطيل الارض لعدم تمكنه من الانتفاع بها كما لو كانت نزة او سبخة فلم يتمكن من زراعتها [٣]. وكذلك لا يجب الخراج اذا اصاب الزرع آفة فأهلكته ، لان صاحب الارض مصاب فيستحق المعونة؛ ولانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض دون تقصير منه ، بخلاف ما اذا عطلها مع قدرته على زراعتها [٤].

ومذهب الشافعية والحنابلة كمذهب الاحناف في وجوب الخراج على صاحب الارض ما دام متمكنا من زراعتها ، سواء زرعها أو لم يزرعها [٥].

اما الارض التي خراجها خراج مقاسمة ، فعند الاحناف ، لايجب الخراج الا بوجود الخارج ، أي الزرع ، حقيقة . لان خراج المقاسمة يتعلق بعين الخارج ، مثل العشر ، فاذا لم يزرعها صاحبها ولو مع القدرة على زراعتها لم يجب الخراج لعدم وجود الخارج [٦]. ويبدو ان مذهب الشافعية والحنابلة كمذهب الاحناف [٧].

والذي نرجحه هو وجوب خراج المقاسمة اذا كان تعطيل الارض

(١) الدر المختار جـ٣ ص ٣٥٩ ، الفتاوي الهندية جـ٢ ص ٢٣٧ .
(٢) الهداية جـ٤ ص ٣٦٣ ، الكاساني جـ٢ ص ٥٤ ، المبسوط جـ١٠ ص ٨٢ ، الدر المختار جـ ٣ ص ٣٦٤ .
(٣) الكاساني جـ٢ ص ٥٤ .
(٤) المبسوط جـ١٠ ص ٨٣ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٤ .
(٥) الماوردي ص ١٥٤ ، ابو يعلي ص ١٥٣ .
(٦) الدر المختار ورد المحتار جـ٣ ص ٣٦٤ — ٣٦٥ .
(٧) ابو يعلي الحنبلي ص١٥٢ : وان جعله، اي الخراج، مقاسمة كان معتبرا بكمال الزرع وتصفيته . الماوردي ص ١٤٤ .

بتقصير من صاحبها ، او بقصد الاضرار ببيت المال ، حفظا لمصلحة بيت المال وحثا لصاحب الارض على العمل واستغلال الارض • ويقدر الخراج على ضوء ماكانت تغله الارض في السنة السابقة لتعطيلها •

١٤٨ — عجز صاحب الارض عن استغلال ارضه :

عند الحنفية اذا عجز صاحب الارض عن زراعة ارضه واستغلالها لعدم قوته وقدرته ، فللامام ان يدفعها لغيره مزارعة ، ويأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض ويمسك الباقي له • وان شاء الامام آجرها واخذ الخراج من الاجرة ، وان شاء زرعها بمال بيت المال • فان لم يتمكن من ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها [١]• وعن ابي يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل ويستغل ارضه [٢]•

وعند الشافعية والحنابلة يؤمر صاحب الارض بايجارها او رفع يده عنها ولا تترك بيده خرابا وان دفع خراجها لئلا تصير بالخراب مواتا [٣]•

وارى ان اقوال الفقهاء كلها سائغة ، وللامام ان يتخير منها ماهو الاصلح •

١٤٩ — البناء في ارض الخراج :

يجوز لصاحب الارض الخراجية البناء في ارضه ، الا ان الخراج لايسقط عن ارض البناء • وهذا عند الحنابلة ، في ظاهر كلام احمد بن حنبل ، والشافعية • واختار الامام الماوردي [٤]• عدم وجوب الخراج على ارض الابنية الضرورية [٥]• وما اختاره الماوردي هو الراجح

(١) فتح القدير جـ٤ ص ٣٦٣ ، رد المحتار جـ٣ ص ٣٦٤ .
(٢) رد المحتار جـ٣ ص ٣٦٤ .
(٣) الماوردي ص ١٤٧ ، ابو يعلي الحنبلي ص ١٥٦ .
(٤) الماوردي هو قاضي القضاة ابو الحسن بن الحبيب الماوردي البصري الشافعي ، تفقه على ابي القاسم القشيري . وله مصنفات كثيرة، منها الاحكام السلطانية . مات ببغداد سنة ٤٥٠ هـ : طبقات الشافعية ص ٥١ — ٥٢ .
(٥) الماوردي ص ١٤٦ ، ابو يعلي الحنبلي ص ١٥٤ — ١٥٥ .

ويؤيده مانقل عن عمر بن الخطاب انه جعل الخراج على الارض التي تستغل بالزراعة ولم يجعله على مساكن اهل الذمة [١]. ولا شك ان مساكنهم من الابنية الضرورية ويقاس عليها كل بناء ضروري لاستغلال الارض بالزراعة .

١٥٠ ــ عمارة أرض الخراج :

ارض الخراج ينتفع بها اصحابها وبيت المال . فمن المصلحة ابقاؤها عامرة . وقد نص الفقهاء على ان بيت المال يتحمل نفقات حفر الانهار القديمة واجراء الماء فيها حتى تعمر الارض ويحسن استغلالها ولا تهجر [٢]. ويقاس على حفر الانهار بناء القناطر واقامة السدود لوقاية الاراضي من الفيضان وتنظيم وسائل الري ، ونحو ذلك .

١٥١ ــ كم مرة يجب الخراج في السنة ؟

عند الحنفية لايؤخذ خراج الارض في السنة الا مرة واحدة حتى ولو استغلها صاحبها في السنة مرارا . لان عمر بن الخطاب لم يأخذ الخراج من اهل الذمة الا مرة واحدة في السنة ، ولان ريع عامة الاراضي لا يكون في السنة ــ غالبا ــ الا مرة واحدة ، والحكم يبنى على العام الغالب [٣]. وهذا اذا كان الخراج خراج وظيفة . اما اذا كان الخراج خراج مقاسمة فانه يتكرر بتكرر خروج الخارج ، لانه يتعلق بالخارج حقيقة كالعشر [٤].

والظاهر ان مذهب الشافعية والحنابلة كمذهب الحنفية [٥].

---

(١) الاموال لابي عبيد ص ٧٢ .
(٢) الخراج لابي يوسف ص ١١١ .
(٣) المبسوط جـ١٠ ص ٨٢ .
(٤) الدر المختار ورد المحتار جـ٣ ص ٣٦٥ .
(٥) الماوردي ص ١٤٤ : « وان جعله ــ اي الخراج ــ مقاسمة كان معتبرا بكمال الزرع وتصفيته » . ومثل هذا القول جاء في كتاب الاحكام السلطانية لابي يعلي الحنبلي ص ١٥٢ .

١٥٢ — هل يسقط الخراج باسلام صاحب الارض ؟

عند الاحناف والزيدية ، لايسقط الخراج باسلام صاحب الارض. وقال الامام مالك يسقط الخراج ، لانه اعتبر خراج الارض بخراج الرأس ، أي الجزية . فكما لايجب على المسلم ، بعد اسلامه ، خراج الرأس ، فكذلك لا يجب عليه خراج الارض . ولكن الاحناف يقولون ان الخراج مؤونة الارض النامية ، كالعشر ، والمسلم من اهل الالتزام بالمؤونة ، فيبقى الخراج بعد اسلام الذمي . لانه بعد اسلام الشخص لاتخلو ارضه من مؤونة ، فابقاء ماتقرر اولا — وهو الخراج — اولى . ولا يكره للمسلم دفع الخراج ، فقد كان لعبد الله بن مسعود والحسن وغيرهما ارضون في سواد العراق يدفعون عنها الخراج [١].

والراجح قول الاحناف ، فليس الخراج كالجزية ولا يصح قياسه عليها ، لان الخراج في الحقيقة ضريبة مالية تتعلق بالارض التي فتحت عنوة وآثر الامام تركها بيد اهلها على ان يدفعوا عنها هذه الضريبة بدلا عن استغلالهم لها وانتفاعهم بها ، فهي كأجرة الارض ، فتجب على كل من تكون هذه الارض بيده بغض النظر عن ديانته . يؤيد ذلك ماروى ان رجلا قال لعمر بن الخطاب : اني اسلمت فضع عن ارضي الخراج . فلم يقبل عمر بن الخطاب وقال له : ان ارضك اخذت عنوة [٢]. وعن علي بن ابي طالب مثل ذلك ، فقد روى عنه انه لم يسقط الخراج عن ارض اسلم صاحبها [٣].

١٥٣ — كلمة تقديرية عن نظام الخراج :

الخراج ، كما عرفنا ، ضريبة مالية على الاراضي الزراعية التي تركت

(١) المبسوط جـ١٠ ص ٨٣ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٥ .
(٢) الخراج للامام يحيى بن آدم ص ١٦٧ .
(٣) الخراج ليحيى بن آدم ص ٦١ : اسلم دهقان من اهل السواد في عهد علي عليه السلام . فقال علي : ان انت اقمت في ارضك رفعت الجزية عن راسك واخذنا من ارضك . وان تحولت عنها فنحن احق بها » . وانظر الاموال لابي عبيد ص ٨٧ .

بايدى اهلها في البلاد التي فتحها المسلمون . وقد توافر في هذه الضريبة القواعد الاساسية في الضرائب التي يسترشد بها العلماء عند تشريع الضرائب في الوقت الحاضر . وهذه القواعد هي : العدالة ، واليقين ، والرفق ، والاقتصاد [1]. وتتكلم عن كل واحدة منها بايجاز .

اولا — قاعدة العدالة :

وهذه القاعدة لوحظت في التشريع المالي الاسلامي وطبقت في الضرائب الاسلامية تطبيقا دقيقا ، لان الاسلام هو دين العدل والعدالة .. فعمر بن الخطاب وهو اول من وضع ضريبة الخراج ، وضعها على اساس طاقة الارض ، واكد على عماله ان يجعلوا مقدارها متناسبا مع هذه الطاقة . ومحاورته مع حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف ، وكان قد ارسلهما الى سواد العراق لمسح اراضيه ووضع الخراج عليه ، كشفت لنا هذه المحاورة عن عظيم اهتمام عمر بتطبيق العدالة في فرض الضريبة الخراجية . فقد سألهما عما اذا كان قد وضعا على الارض اكثر مما تطيق ، فأجابا بالنفي ، واخبراه بان طاقة الارض تتحمل اكثر مما فرض عليها . فأقرهما عمر على ما فعلا . فدلهذا الخبر على مدى تمسك عمر وعماله بالعدل عند فرض الخراج ، وكان بمقدورهم ان يضعوا مايشاؤون من ضريبة على تلك الارض المفتوحة ، اذ بيدهم القوة والسلطان ، ولكنهم لم يفعلوا ولم يرهقوا أهل تلك البلاد ، بل عاملوهم بمقتضى العدل والانصاف .

وتظهر قاعدة العدالة ايضا ، فيما قرره الفقهاء من ان خراج الوظيفة ، يجب بالتمكن من الانتفاع بالارض ، فاذا تعذر الانتفاع فلا يجب الخراج . وان خراج المقاسمة يجب بوجود الزرع حقيقة فان لم يوجد فلا يجب الخراج . واذا لم تخرج الارض الا بقدر مايكفي الخراج ، فلا يؤخذ الخراج كله وانما ينقص الى النصف . وفي هذا يقول الامام الكاساني في بدائعه : « وان اخرجت ارض الخراج قدر

(١) علم المالية العامة للدكتور عبد الحكيم الرفاعي ص ٢٣ — ٢٥ .

الخراج لا غير ، يؤخذ نصف الخراج » (١).

واذا هلك الزرع بآفة سماوية فان الخراج يسقط في هذه الحالة لانه كما يقول السرخسي في مبسوطه : « مصاب فيستحق المعونة ، ولانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض » (٢). وهذا من اروع مظاهر العدالة التي التزمها الفقهاء في تشريع الخراج وجبايته من اهل الذمة .

ولم يكتف الفقهاء بتحقيق العدالة في الخراج بما وضعوه من قواعد بل اكدوا على ولي الامر الا يتغسف في جباية الخراج وان يراقب عماله حتى لا يأخذوا من اصحاب الارض اكثر من المقدار المعين (٣). وهذه التفاتة طيبة من الفقهاء ، لان القانون الصالح لايؤدى غرضه ولا يتحقق النفع به الا اذا طبق تطبيقا سليما من قبل اناس صالحين ، ولهذا نجد الامام ابا يوسف يؤكد الوصية على الخليفة هارون الرشيد بضرورة مراقبة عمال الخراج فيوصيه بان يرسل خلف عماله « قوما من اهل الصلاح والعفاف ممن يوثق بدينهم ، يسألون عن سيرة العمال وكيف جبوا الخراج » (٤). ثم يؤكد عليه ابو يوسف ضرورة الاخذ بمقتضى العدل وترك الظلم ، لان في العدل زيادة الخراج وعمارة البلاد فيقول له : « ان العدل وانصاف المظلوم وتجنب الظلم مع مافي ذلك من الاجر يزيد به الخراج وتكثر به عمارة البلاد . والبركة مع العدل تكون وهي تفقد مع الجور . والخراج المأخوذ مع الجور تنقص البلاد به وتخرب » (٥).

ثانيا — قاعدة الوضوح أو اليقين :

ومعناها ان الضريبة التي يلزم الفرد بادائها يجب ان تكون واضحة

---

(١) الكاساني جـ٢ ص ٦٣ .

(٢) المبسوط جـ١٠ ص ٨٣ . وانظر ايضا شرح الازهار فقد جاء فيه جـ١ ص ٥٧٤ : فان اصابها شيء من ذلك فاتلف الثمر سقط الخراج فان اصطلم بعض الزرع سقط بحصته .

(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٠٩ .

(٤) الخراج لابي يوسف ص ١١١ .

(٥) المرجع السابق .

لاغموض فيها ولا ابهام فيكون مقدراها محددا معلوما لدى المكلف وكذلك موعد دفعها . والغرض من هذه القاعدة واضح مفهوم ، لان المكلف ، بهذا الوضوح ، يكون على بينة من امره فيعرف مايجب عليه فلا يستطيع الجباة استغلال جهله وأخذ اكثر من المستحق عليه . وضريبة الخراج لوحظ فيها ماتقتضيه هذه القاعدة ، فمقدارها معلوم اذ هو اما بالنسبة الى مساحة الارض ، وامابنسبة معينة من الخارج اذا كان الخراج خراج مقاسمة . وفي كلا النوعين يكون مقدار الخراج واضحا بينا . ودفع الخراج يكون في السنة مرة واحدة ان كان خراج وظيفة ، وكلما خرج الزرع ان كان خراج مقاسمة .

ثالثا ـ قاعدة الرفق :

ومعناها ان الضريبة يجب ان تجبى في الاوقات الملائمة التي لاترهق المكلف . وهذا المعنى ملاحظ في ضريبة الخراج ، فهى لاتجبي الا وقت ظهور الزرع وحلول وقت حصاده . ولما كتب عمر بن الخطاب الى عمرو بن العاص يلومه على تأخر جباية الخراج أجابه عمرو بن العاص بكتاب جاء فيه : « ان اهل الارض استنظروني الى ان تدرك غلتهم فنظرت وكان الرفق بهم خيرا » [١]. وقد نص الزيدية على هذا المعنى فقالوا : « ولا يؤخذ خراج ارض حتى تدرك غلتها ، أي حتى يدرك الحصاد ، خيفة ان تضرب بآفة سماوية توجب رد المأخوذ منه » [٢].

رابعا ـ قاعدة الاقتصاد :

وهذه القاعدة تفيد ان جباية الضريبة يجب أن تنظم على نحو تكون نفقات جبايتها قليلة ، ويكون الفرق بين ما يخرج من المكلف وبين مايدخل الخزانة العامة اقل ما يمكن . ومن الاصول المخالفة لهذه القاعدة بيع الدولة الضرائب لقاء ثمن يدفعه الراغب في شرائها وجبايتها ،

(١) كتاب مصر في عهد الاسلام تأليف محمود عكوش ، مطبعة دار الكتب العربية سنة ١٩٤١ في القاهرة ، ص ١٠ .

(٢) شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٤ .

كما في جبـاية رسوم البلديات في بعض الدول الشرقية [١]. وهـذا ما عرف في الماضي بنظام التقبل . وهـو نظـام سقيم يرهق اصحـاب الارض ويلحق الضرر ببيت المال ، وقد أشار الى هذا الامام ابو يوسف، فقال وهو يخاطب الخليفة هارون الرشيد : « ورأيت ان لا تقبـل شيئا من السـواد ولا غير السواد من البلاد ، فان المتقبل اذا كان فـي قبالته فضل عن الخراج عسف اهل الخراج وحمل عليهم ما لا يجب عليهم وظلمهم واخذهم بما يجحف بهم ليسلم مما دخل فيه ، وفي ذلك وامثاله خراب البلاد وهلاك الرعية . والمتقبل لا يبالي بهلاكهم بصلاح امره في قبالته . وانما اكره القبالة لاني لا آمن ان يحمل هذا المتقبل على اهل الخراج ماليس يجب عليهم فيعاملهم بما وصفت لك فيضر ذلك بهم فيخرب ما عمروا ويدعوه فينكسر الخراج . وليس يبقى على الفساد شيء ولن يقع مع الصلاح شيء » [٢]. فنظـام التقبل ، ينافي قاعدة الاقتصـاد لان الداخل الى بيت المال ، بهذا النظام ، اقل مما لو تولى جباية الخراج عمال الدولة انفسهم . فضلا عما في التقبل من ارهاق اصحاب الارض وظلمهم كما قال ابو يوسف .

١٥٤ ــ ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العربية المتحدة ينظم ضريبة الاطيان ــ الاراضي الزراعية ــ القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته . وفي العراق ينظم هذه الضريبة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦١ المسمى بقانون ضريبة الارض الزراعية ، والنظام الصادر بموجبه المرقم ١٦ لسنة ١٩٦١ .

وبموجب هذين القانونين ، تفرض ضريبة على الاراضي الزراعية الصالحة للزراعة سـواء زرعت او لم تزرع [٣]. وهـذا الحكم هو ما قرره الفقهاء في خراج الوظيفة ، اذ يجب بالتمكن من الانتفاع بالارض

(١) موجز علم المالية للدكتور سعدي بسيسو ص ١٩٦ .
(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٠٥ .
(٣) المادة الثانية من القانون العراقي . والمادة الاولى من القانون العربي .

الزراعية ولا يشترط الانتفاع الفعلي بها كما رأينا •

ومقدار الضريبة في الجمهورية العربية المتحدة بنسبة ١٤٪ من الايجار السنوي للارض [١]• ويبقى هذا الايجار معمولا به لمدة عشر سنوات [٢]• اما في العراق ، فتقدر الضريبة بنسب معينة من قيمة حاصلاتها الزراعية ، وهذه النسب هي ١٠٪ في الاراضي التى تسقى سيحا وبانتظام ، و ٧٪ في اراضي السيح غير المنتظم ، و٥٪ في اراضي السقي بالواسطة واراضي الديم [٣]• وتقدر قيمة الحاصلات بناء على تقدير معدل انتاج الوحدة القياسية من تلك الارض ومعدل الاسعار لما تنتجه ، ويبقى هذا التقدير ساري المفعول لمدة ثلاث سنوات [٤]• وتستوفى الضريبة بالنسب المذكور بعد خصم خمسة عشر دينارا منها [٥]• والواقع ان تقدير الضريبة ، على النحو الذي ذكره القانونان العراقي والعربي ، لايخالف ما قرره الفقهاء في ضريبة الخراج ، لان الخراج يلاحظ في تقديره طاقة الارض ، فأي اسلوب يوصلنا الى معرفة طاقة الارض وتحديد الضريبة بالنظر الى هذه الطاقة فهو اسلوب جائز • ولا شك ان واضعي القانونين لاحظوا طاقة الارض ورأوا ان هذه النسب ملائمة لا ارهاق فيها على المكلف • ونص القانونان على ان الضريبة ترفع عن الارض اذا اصبحت غير صالحة للزراعة بسبب النز او السبخ او نضوب مياه العيون او تراكم الرمال عليها او طغيان مياه الانهار او تسلط مياه المصارف عليها الخ [٦]• وهذا الحكم يتفق وما قرره الفقهاء بشأن سقوط الخراج عند تعذر زراعة الارض والانتفاع بها •

(١) المادة الثالثة من القانون العربي •
(٢) المادة الثانية من القانون العربي •
(٣) الفقرة الاولى من المادة الثانية من القانون العراقي •
(٤) الفقرة الرابعة من المادة الحادية عشرة من القانون العراقي •
(٥) الفقرة الثالثة من المادة الحادية عشرة من القانون العراقي •
(٦) المادة العاشرة من القانون العربي • والفقرة الاولى من المادة الثالثة من القانون العراقي •

ونص القانونان على وجوب الكشف على الارض التي رفعت عنها الضريبة في كل سنة للتأكد من بقاء أو زوال الاسباب التي دعت الى رفع الضريبة . فاذا زالت الاسباب وعادت الارض الى سابق عهدها صالحة للزراعة عادت الضريبة عليها اعتبارا من اول السنة المالية التالية للسنة التي زالت فيها هذه الاسباب [١]. وهذا الحكم وان لم يصرح به الفقهاء في باب الخراج الا انه يقتضيه قولهم : ان الخراج يجب بالتمكن من الانتفاع فاذا تعذر الانتفاع سقط الخراج . لان سقوط الخراج في هذه الحالة لمانع هو عدم التمكن من الانتفاع ، فاذا زال المانع عاد الممنوع . ونص القانون العراقي على ان الارض اذا لم تنبت ، او هلك الزرع كلا او جزء وكان ذلك بسبب كارثة طبيعية او حادثة قاهرة لم تنشأ عن اهمال المكلف او تقصيره كانحباس المطر او انقطاع الماء او سقوط البرد او هبوب العواصف او انغمار الارض بالمياه او تفشي الجراد أو أي وباء زراعي ، فان الضريبة في هذه الاحوال تسقط كلها او يسقط جزء منها بنسبة الضرر الذي وقع [٢]. وهذا الذي نص عليه القانون العراقي يتفق مع ما ذكره الفقهاء من سقوط الخراج عند هلاك الزرع ، او سقوط جزء من الخراج عند الهلاك الجزئي ، ففي شرح الازهار : « ... فان اصابها شيء من ذلك فاتلف الثمر سقط الخراج . فان اصطلم بعض الزرع سقط بحصته من الخراج » [٣]. ونص القانون العراقي على ان استيفاء الضريبة يكون نقدا او عينا حسبما تقرره الحكومة [٤]. وهذا الحكم يماثل خراج المقاسمة اذا كان استيفاء الضريبة عينا ، ويماثل خراج الوظيفة اذا كانت الضريبة تستوفي نقدا . والخلاصة فان ماجاء به القانونان العراقي

---

(١) الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون العراقي ، والمادة الثالثة عشرة من القانون العربي .

(٢) المادة السابعة من القانون العراقي .

(٣) شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٤ .

(٤) المادة الثالثة عشرة من القانون العراقي .

والعربي من احكام في ضريبة الارض الزراعية ، يماثل احكام الخراج في الفقه الاسلامي ، فالاساس واحد وهو تقدير الضريبة بما يناسب طاقة الارض ، وان الضريبة تجب بالتمكن من زراعة الارض لا بزراعتها فعلا ، وان تعذر زراعة الارض مسقط للضريبة كما هو مسقط للخراج في الفقه الاسلامي .

المبحث الثالث

العشور — اي الضرائب التجارية

١٥٥ — يخضع الذميون والمستأمنون لضريبة تجارية تفرض على اموالهم المعدة للتجارة . وهي بالنسبة الى الذمي تفرض على ما ينتقل به من اموال تجارية من بلد الى بلد داخل دار الاسلام ، ومقدارها نصف العشر . وهي بالنسبة للمستأمن تفرض على مايدخل به من مال للتجارة الى دار الاسلامي ، ومقدارها عشر ما يدخل به من مال ، كقاعدة عامة ، وان كان من الجائز ان يكون المقدار اقل او اكثر من العشر بناء على قاعدة المعاملة بالمثل كما سنذكره فيما بعد .

والمسلمون يخضعون ايضا لهذه الضريبة اذا ما انتقلوا بأموالهم التجارية من بلد الى اخر داخل اقليم الدولة الاسلامية ، ومقدارها بالنسبة اليهم نصف العشر ، لان المأخوذ منهم باسم هذه الضريبة يعتبر زكاة وهذا هو نصاب الزكاة .

ووعاء هذه الضريبة جميع عروض التجارة من ثياب وحيوان وحبوب ونحو ذلك . وكذلك الذهب والفضة نقودا كانت او معدنا (١).

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

ويستوفي هذه الضريبة عمال الدولة المعينون لهذا الغرض والقائسون في ثغور الدولة الاسلامية وعلى طرق المواصلات خارج المدن . وقد سمى استيفاء هذه الضريبة بالتعشير ، وسمى العامل القائم بجبايتها بالعاشر ، لان ما يستوفيه من ضريبة مداره على العشر [١].

١٥٦ ـ دليل شرعية هذه الضرائب :

قال الحنفية ان دليل شرعيتها السنة والاجماع . اما السنة فان عمر بن الخطاب بعث انس بن مالك لجباية العشور فقال انس : « يا أمير المؤمنين تقلدني المكس ؟ فقال له عمر : قلدتك ماقلدني رسول الله (ص) قلدني امور العشور وامرني ان آخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر » [٢]. والحق ان هذا الاثر لم يذكره اهل الحديث مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ، وانما ذكروه عن عمر كما في الاموال لابي عبيد [٣].

واما الاجماع فان عمر بن الخطاب نصب العشار وقال لهم : خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليه احد منهم فكان اجماعا [٤].

---

(١) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٢ .

(٢) المبسوط جـ٢ ص ١٩٩ ، شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٢ . شرح الكنز للزيلعي جـ١ ص ٢٨٢ .

(٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٣ : عن زيادة بن حدير قال : «استعلمني عمر على العشور فأمرني ان آخذ من تجار أهل الحرب العشر ومن تجار اهل الذمة نصف العشر ومن تجار المسلمين ربع العشر» . وبهذا المعنى روى البيهقي عن عمر بن الخطاب : نيل الاوطار جـ٨ ص ٦٣ .

(٤) الكاساني جـ٢ ص ٣٥ ، المغني جـ٨ ص ٥١٨ .
والاجماع المذكور اجماع سكوتي . وقد ذكرنا اقوال العلماء في حجية هذا الاجماع ، انظر هامش (١) ص ١٠٤ من هذه الرسالة .

ولما كانت هذه الضرائب تشمل الذميين والمستأمنين ، وكلامنا عنهم ، فاننا سنتكلم عن هذه الضرائب بالنسبة الى الذميين في المطلب الاول من هذا المبحث ، ثم تتكلم عنها بالنسبة الى المستأمنين في المطلب الثاني ، ثم نختم هذا المبحث بكلمة تقديرية عن نظام الضرائب التجارية مع بيان ما عليه العمل الان في المطلب الثالث .

المطلب الأول

الضرائب التجارية بالنسبة الى الذميين

١٥٧ — قلنا ان الذميين يخضعون لما يسميه الفقهاء بالتعشير . فتستوفى منهم ضرائب على اموالهم التجارية . ويشترط في المال الخاضع لهذه الضريبة ان يكون معدا للتجارة وان يبلغ نصابا . اما كونه معدا للتجارة فهذا ماصرح به الاحناف والحنابلة والزيدية والمالكية (١). ويؤيد هذا الشرط الاثار المروية عن عمر بن الخطاب ، فكلها تدل على ان المال الخاضع لهذه الضريبة هو مال التجارة دون غيره (٢).

---

(١) المغني جـ٨ ص ٥١٩ ؛ الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ — ١٣٤ ، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ ؛ شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٧ .

(٢) جاء في الخراج لابي يوسف ص ١٣٥ : «ان عمر بن الخطاب كتب لانس بن مالك ، وقد بعثه على العشور ، ان يأخذ من المسلمين فيما اختلفوا فيه لتجارتهم ربع العشر ، ومن اهل الذمة نصف العشر . ومن اهل الحرب العشر » . وانظر ايضا الاموال لابي عبيد ص ٥٣٣ ، ٥٣٤ .

اما شرط النصاب ، فيراد به نصاب الزكاة [١] ، وهذا ما صرح به الاحناف والزيدية [٢]. لان هذه الضريبة تجبى باسم الزكاة وعلى شرائطها وان لم تكن في الحقيقة زكاة ، فوجب ان يكون المال نصابا ، فاذا كان اقل من ذلك لم يؤخذ منه شيء [٣].

اما عند الحنابلة ، فقد اختلفت الرواية عن احمد ، فروى صالح بن احمد ان النصاب عشرون دينارا وما قل عنه فلا ضريبة عليه . كما روى عنه ان النصاب عشرة دنانير فيؤخذ منها نصف دينار . وقال بعض الحنابلة لايشترط نصاب معين للمال ، فيؤخذ نصف العشر من قليل المال وكثيره [٤]. والذي نص عليه فقهاؤهم المتأخرون هو ان النصاب عشرة دنانير [٥]. وهذا قول سفيان الثوري وعمر بن عبد العزيز [٦].

واما مالك ، فليس النصاب عنده بشرط ، فتجب الضريبة على قليل المال او كثيره ، وحجته ان هذه الضريبة ليست زكاة حتى يشترط لها نصاب الزكاة ، وانما هي كالجزية المضروبة على الرؤوس ، وهذه

(١) نصاب الزكاة يختلف باختلاف المال . ففي الابل - شاة في كل خمس من الابل - وفي العشر شاتان . وفي الغنم - اذا بلغت اربعين ففيها شاة الى مائة وعشرين شاة - فاذا زادت واحدة ففيها شاتان .. الخ .
ونصاب الفضة مائتا درهم وفيها خمسة دراهم . ونصاب الذهب عشرون مثقال وفيه نصف مثقال وما زاد على النصاب فبحسابه .
وعروض التجارة - وهي جمع عرض ، والعرض غير الاثمان من المال على اختلاف انواعه من الثياب والحيوان والعقار ونحو ذلك ، تقوم هذه العروض وتخرج الزكاة من قيمتها اذا بلغت القيمة نصابا : المغني جـ٢ ص ٥٧٧ وما بعدها ، جـ٣ ص ١ وما بعدها .

(٢) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٤ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٧ .

(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٣٢ .

(٤) المغني جـ٨ ص ٥١٩ .

(٥) كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٨ : ولا يؤخذ العشر ولا نصفه من أقل من عشرة دنانير فيما اذا اتجر الحربي أو الذمي ، نص عليه . لانه مال يجب فيه حق بالشرع فاعتبر له النصاب كالزكاة . وخص العشرة لان ذلك المأخوذ مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب اعتباره كالعشرين في حق المسلم .

(٦) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ : ٥٣٧ .

لا يشترط لها نصاب بل تجب على الغني والفقير من اهل الذمة على قدر الطاقة ، فكذلك هذه الضريبة تجب على اموالهم التجارية بغض النظر عن مقدارهـا [١].

والراجح ، عندي ، قول مشترطى نصاب الزكاة ، لان مادون هـذا المقدار قليل ، والقليل يجب ان يكون عفوا . ولان الاصل في الذمي مساواته مع المسلم الا اذا قام الدليل على خلاف ذلك .

١٥٨ — ولا ضريبة على الذمي في أمواله في داخل البلد وان كانت معدة للتجارة وان بلغت نصابا . لان المنصوص عليه عند الفقهاء ان هذه الضريبة لاتجب على الذمي في امواله الا اذا انتقل بها من بلد الى آخر ، وفي هذا يقول ابو يوسف : « وما لم يكن من مال للتجارة ومروا به على العـاشر فليس يؤخذ منـه شـيء » [٢]. والمقصود بالمرور العاشر انتقال الذمي بأمواله التجارية من بلد الى آخر فيمر بجباة هـذه الضريبة في نقط المرور على طرق المواصلات خارج المدن فيستوفون منه هذه الضريبة . وانما ينصب هؤلاء الجباة في خارج المدن لترصد الاموال التجارية عند نقلها من بلد الى آخر ، وحمايتها من اللصوص كما قال الاحناف [٣]. وفي المغني لابن قدامة الحنبلي « ومن يجز مـن أهل الذمـة الى غير بلده اخذ منه نصف العشر في السنة » [٤]. ومثل هذا قال الزيدية [٥]. وعند المالكية تؤخذ هذه الضريبة من الذمي ، اذا قدم بماله الى غـير بلده ، ومعنى ذلك انهـا تؤخذ منه في البلد الذي ينتقل اليه ، لا في خارجه . وقال بعض المالكية تؤخذ الضريبة منـه بمجرد دخوله البلد . واشترط البعض الاخر ان يبيع بضاعته في البلد

---

(١) الامـوال لابي عبيد ص ٥٣٥ — ٥٣٦ .
(٢) الخراج لابـي يوسف ص ١٣٣ .
(٣) شرح الكنز للزيلعي جـ١ ص ٢٨٢ ، والكاساني جـ٢ ص ٣٥ — ٣٦ .
(٤) المغنـي جـ٨ ص ٥١٧ .
(٥) جاء في شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٧ : « النـوع الثاني : نصف عشـر ما يتجرون به من الاموال ، وانما يؤخذ هذا النوع بشروط اربعة : .. الثاني ان يكونوا في تجارتهم منتقلين به من جهة الى جهة ، فلو اتجروا به من دون انتقال فلا شيء فيه ولو كان نصابا .. »

الذي حل فيه ، فيؤخذ منه عشر ثمن ما باعه ، الا اذا كان المال طعاما جلبه الى مكة أو المدينة وما اتصل بهما من القرى فيؤخذ منه نصف العشر (١).

فالفقهاء ، اذن ، لايختلفون في ان هذه الضريبة تجب على الذمي في امواله التجارية التي ينتقل بها من بلد الى اخر ، ولا تجب عليه في امواله التي في بلده الذي هو فيه .

ونتساءل هنا عن سبب اعفاء الذمي من هذه الضريبة في بلده الذي هو فيه ، ووجوبها عليه بانتقاله بها الى بلد آخر . والجواب هو ما اشار اليه بعض الفقهاء بقولهم ان استحقاق الاخذ بالتعشير انما كان بسبب الحماية ، « وان الجباية بالحماية » (٢). ومعنى ذلك ان التاجر المتنقل بأمواله يستفيد من مرافق الدولة ومنها قواتها التي تحصل بها الحماية . الا ان هذا في الحقيقة لايكفي في التعليل فينبغي ان يقال أيضاً انه ينتفع بمرافق الدولة الاخرى كطرق المواصلات والقناطر والجسور ، ويزداد ربحه بسبب تنقله من بلد الى آخر ، والا لما تحول عن بلده ؛ والدولة قد هيأت له أسباب هذا الربح ، فكان من السائغ المقبول ان تشاركه الدولة في شيء من ربحه فتفرض عليه هذه الضريبة . ويؤيد ما قلناه ما جاء في المغني : « ويؤخذ العشر من كل حربي تاجر ؛ ونصف العشر من كل ذمي تاجر سواء كان ذكرا أو انثى أو صغيرا أو كبيرا ... وانما هو حق يختص بمال التجارة لتوسعه في دار الاسلام وانتفاعه بالتجارة فيستوي فيه الرجل والمرأة .. » (٣). أما امواله التي في بلده ، فهي وان كانت قد تجلب له ربحا الا انه ليس كالربح الذي يحصل عليه بانتقاله من بلده الى بلد اخر . كما انه لايستفيد من مرافق الدولة وهو في بلده بقدر ما يستفيد من هذه المرافق في تنقله

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٧ ص ١٤٣ .
(٢) الكاساني جـ٢ ص ٣٧ ، وشرح الكنز للزيلعي جـ١ ص ٢٨٢ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٧ .
(٣) المغني جـ٨ ص ٥٢٢ .

داخل دار الاسلام . ولهذا اعفيت امواله التي في بلده من هذه الضريبة . فضلا عن ان الشريعة تلتزم جانب الذمي فتراعيه لئلا يرهق كما رأينا في عدم ايجاب النصرة عليه لدار الاسلام . هذا ما ظهر لي في تعليل ايجاب الضريبة على الذمي فيما ينتقل به من اموال تجارية الى غير بلده ، وعدم ايجابها على امواله التجارية في بلده .

١٥٩ ـ التعشير يكون مرة واحدة في السنة :

وهذه الضريبة تستوفى مرة واحدة في السنة ، وهذا ما صرح به الاحناف والحنابلة والشافعية والزيدية [١]. ويؤيد ما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء ان عمر بن الخطاب كتب الى جابي هذه الضريبة يأمره ان لا يأخذها عن المال الا مرة واحدة في السنة [٢]. وكذلك فعل عمر بن عبد العزيز ، فكان يأمر جباته ان لا يأخذوا هذه الضريبة الا مرة واحدة في السنة [٣]. وعند المالكية تجب هذه الضريبة على الذمي في ماله كلما انتقل به من بلد الى آخر [٤]. وقد رد أبو عبيد على مالك بما ذكرناه عن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز من ان المال الواحد لا تؤخذ عنه ضريبة اكثر من مرة واحدة في السنة كالزكاة [٥].

فاذا تم استيفاء الضريبة كتب لهم العاشر « جابي الضريبة » وثيقة بالاداء لتكون بأيديهم مستندا وحجة على الدفع فلا يستوفيها

(١) الفتاوي الهندية جـ١ ص ١٨٣ ، شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٦ ، الكاساني جـ٢ ص ٣٧ ، المغني جـ٨ ص ٥١٨ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٨ ، الام للشافعي جـ٤ ص ١٩٣ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٧ ـ ٥٧٨ .

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٣٦ ، والاموال لابي عبيد ص ٥٣٨ .

(٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٤ ، ٥٣٨ .

(٤) الزرقاني على مختصر خليل جـ٣ ص ١٤٤ ، ومنح الجليل للشيخ عليش جـ١ ص ٧٦٠، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥: وقال ـ اي مالك ـ ويؤخذ منه ـ اي الذمي ـ كلما مر وان مر بماله في السنة مرارا .

(٥) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩ .

منهـم عاشر آخر ، وبهذا صرح الحنابلة [1]. وكان عمر بن عبد العزيز يأمر عماله به ، فقد كتب الى عامله رزيق بن حيان المكلف باستيفاء هذه الضريبة : « واكتب لهم بما تأخذ كتابا الى مثله من الحول » [2]. وهذه الوثيقة تشبه مستندات تسلم الضرائب في الوقت الحاضر التي يقدمها موظفو الحكومة لمن يجبون منه الضريبة او الرسم .

ولكن اذا كانت هذه الضريبة لاتستوفى عن المال الا مرة واحدة في السنة ، فان هذا الحكم لا يشمل الزيادة عليه ، اذ ان هذه الزيادة تخضع للضريبة كما خضع المال الاصلي لها ، وفي هـذا يقول الحنابلة : « .. فلا يعشرهم ثانية ، فان مروا ثانية باكثر من المال الذي اخذ منه. أخذ من الزيادة لانها لم تعشر » [3] .

١٦٠ — مقدار الضريبة :

الآثار المروية عن عمر بن الخطاب تفيد ان مقدار هـذه الضريبة هو نصف العشر . فمن هذه الاثار ما رواه أبو عبيد في كتابه الاموال عن زياد بن حدير ، انه قال : « استعملني عمر علـى العشر فامرني بأن آخذ من تجار أهل الحرب العشر ومن تجار أهل الذمة نصف العشـر ومن تجار المسلمين ربع العشر » [4]. ومثل هـذا ما رواه أبو يوسف فقال : « حدثنا أبو حنيفة عن القاسم عن أنس بن سيرين عن أنس بن مالك قال : بعثني عمر بن الخطاب رضي الله عنه على العشور وكتب لي عهدا أن آخذ من المسلمين مما اختلفوا فيه لتجاراتهم ربع العشر ، ومن أهل الذمة نصف العشر ومن أهل الحرب العشر » [5]. ومثل هذا

---

(١) المغني جـ ٩ ص ٥١٩ : فانه من اخذ منهم ذلك مرة كتب لهم حجة بأدائها لتكون وثيقة لهم وحجة على من يمرون عليه فلا يعشرهم ثانية.
(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٣٦ — ١٣٧ ، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٤ .
(٣) المغنـي جـ٨ ص ٥١٩ .
(٤) الامـوال لابي عبيـد ص ٥٣٣ .
(٥) الخراج لابي يوسف ص ١٣٥ .

ايضا روي عن عمر بن عبد العزيز [١]. وبهذا صرح الفقهاء من الحنفية والحنابلة والزيدية والشافعية [٢]، وهو المنقول عن مالك كما ذكر أبو عبيد في كتابه الاموال [٣]. ولكن أصحاب مالك قالوا يؤخذ منه العشر الا اذا حمل طعاما الى الحجاز فيؤخذ منه نصف العشر [٤]. ولا نعرف لقولهم هذا وجها، والآثار خلافه، الا أن يقال انهم نزّلوا الذمي منزلة المستأمن في هذه الضريبة. ولكن قول الجمهور هو الذي ينبغي المصير اليه لعمل عمر بن الخطاب به دون انكار من أحد.

١٦١ ـ تعليل الحنفية جعل ضريبة الذمي ضعف ضريبة المسلم:

وعلل الحنفية تضعيف المأخوذ من الذمي بالنسبة الى المسلم بأن «هذا حق يؤخذ من المسلم ويؤخذ من الكافر فوجب أن يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلمين كما في النصراني من بني تغلب فانه يؤخذ منه الصدقة مضاعفة» [٥]. وعلله الامام ابن عابدين بأن «المأخوذ منا زكاة حقيقة، والمأخوذ منهم كالجزية حتى يصرف الى مصارفها، لا زكاة» [٦]. وقال صاحب شرح العناية على الهداية: «وانما ثبتت

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٧، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٤.
(٢) الكاساني جـ٢ ص ٣٨ ـ ٣٩، الخراج لابي يوسف ص ١٣٣؛ شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨١ ـ ٢٨٢، الهداية جـ١ ص ٥٣٣، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٧ ـ ٥٧٨، المغني جـ٨ ص ٥١٧، الام للشافعي جـ٤ ص ١٩٤، نيل الاوطار جـ٨ ص ٦٣، الخراج ليحيى بن آدم ص ٦٨.
(٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥: واما مالك.. قال: اذا مر الذمي بالمال على العاشر بتجارة أخذ منه نصف العشر.
(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٢ ص ١٤٣ ـ ١٤٤: «والحكم انه يؤخذ منهم العشر اذا قدموا لنا. ثم وجوب العشر فيما مر ان لم يحملوا الطعام لمكة أو المدينة او القرى المتصلة بهما والا فنصفه فقط.. والحربي المؤمن في العشر ونصفه كالذمي». وفي منح الجليل للشيخ عليش جـ١ ص ٧٦٠: يؤخذ من الذميين المتنقلين من افق لاخر للتجارة عشر الثمن ان باعوا عند ابن القاسم، وقال ابن حبيب عشر ما قدموا به بمجرد وصولهم.. ووجوب العشر في غير حملهم الطعام لمكة والمدينة وما اتصل بهما من القرى وفيه يؤخذ منهم نصف العشر. والحربي المؤمن في العشر ونصفه كالذمي.
(٥) شرح السير الكبير جـ١ ص ٢٨٣.
(٦) رد المحتار جـ٢ ص ٥٤.

ولاية الأخذ للعاشر لحاجته — أي التاجر — الى الحماية ، وحاجة الذمي الى الحماية أكثر لأن طمع اللصوص في أموال أهل الذمة أوفر ؛ فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم كما في صدقات بني تغلب » [١].

١٦٢ — الرد على تعليلات الاحناف :

والحق ان في النفس شيئا من هذه التعليلات . فأما القياس على نصارى بني تغلب فان بني تغلب « روعي فيهم ذلك لوقوع الصلح عليه » كما قال صاحب فتح القدير [٢]. أي ان الصلح وقع بينهم وبين عمر بن الخطاب على أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين .

وأما تعليل الامام ابن عابدين بأن المأخوذ منهم كالجزية ، فقد يقال فيه وهل يقتضي هذا أن يكون المأخوذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ؟ فضلا عن أن الجزية مقدرة عند الحنفية .

وأما قول صاحب العناية بأن حاجة الذمي الى الحماية أكثر لطمع اللصوص في أمواله فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم ، فانه يرد عليه اعتراض وهو أن أهل الذمة من أهل دار الاسلام ولهم العصمة في أنفسهم وأموالهم ، وان من واجب الامام حمايتهم كما قال الحنفية أنفسهم، فهم لايختلفون في وجوب الحماية لهم عن المسلم ، ونظيرهم في ذلك الضعفاء والنساء والصبية . وحتى لو سلمنا أن طمع اللصوص فيهم أكثر فيحتاجون الى حماية أكثر ، فان الاكثرية لاتقتضي التضعيف اذ قد يكون اجحافا . فضلا عن ان من واجبات الامام تطهير الدولة الاسلامية من عبث المفسدين وتعدى اللصوص واشاعة الامن في البلاد . ثم يقال في قول صاحب العناية ولِمَ وجب على الذمي ضعف ما وجب على المسلم ولم يكن أكثر أو أقل من ذلك على فرض أن حاجة الذمي الى الحماية أكثر من حاجة المسلم اليها ؟ .

والراجح عندي في تعليل جعل الضريبة على الذمي ضعف ماعلى

(١) شرح العناية جـ١ ص ٥٣٣ .
(٢) فتح القدير جـ١ ص ٥٣٢ .

المسلم هو ما فعله عمر بن الخطاب دون انكار مـن الصحابة [١]. فهذا هو اساس التضعيف من الاثر . واذا أردنا التعليل من جهة النظر فيمكن ان يقال ان السبب في هذا التضعيف هو ان الذمي لايؤخذ من امواله شيء سوى مايؤخذ من امواله التجارية التي ينتقل بها من بلد الى بلد . اما امواله التجارية التي في بلده ، وامواله الباطنة كالذهب والفضة ، وزروعه وسوائمه فلا يؤخذ منها شيء بخلاف المسلم ؛ اذ يؤخذ منه زكاة هذه الاموال جميعا ، اما ان يأخذها الامام نفسه ، كما في زكاة السوائم والزرع ؛ واما ان يدفعها المسلم نفسه الى مستحقيها ، كما في امواله الباطنة وامواله التجارية التي في المدينـة . وعلى هذا تكون التكاليف المالية على المسلم أكثر منها على الذمي ؛ فاقتضى هـذا الامر تضعيف الضريبة التجارية على الذمي . ولم يمكن جعل ضريبـة المسلم كضريبة الذمي لان المأخوذ من المسلم زكاة حقيقية ، وهذا هـو مقدارها ، فلا يمكن ان يزاد عليه . وقد يقال ان الذمي تؤخذ منه الجزية كما يؤخذ منه خراج أرضه مما يجعل التكاليف المالية المفروضة عليه مساوية لما على المسلم . والجواب ان الخراج لايختص به الذمي . فقد رأينا ان الذمي اذا اسلم بقي الخراج . وان المسلم اذا كانت تحت يده ارض خراجية لزمه الخراج . اما الجزية فانها وان كانت خاصة بالذمي الا ان مقدارها زهيد جدا ولا تجب على كل ذمي وانما على القادر على حمل السلاح ؛ وتسقط عنه اذا دعي الى الخدمة العسكرية كما بينا ذلك من قبل .

١٦٣ — هل يشترط اخذ الضريبة التجارية من عين المال ؟

لا يشترط اداء الضريبة التجارية من عين المال ، بل يجوز اداؤها من قيمة المال . فقد روى ابو يوسف في كتابه الخراج قصة النصراني التغلبي الذي مر على جابي الضريبة ومعه فرس ، وان الفرس قومت بعشرين ألف درهم ، فقال الجابي اعطني الفرس وخذ مني تسعة عشر

(١) فقرة ١٥٦ ص ١٧٧ من هـذه الرسالة .

الفـــا أو امسك الفرس واعطني ألفا ، فأعطاه ألفا وامسك الفرس [١].

وهذا يدل على جواز اداء الضريبة التجارية بالنقد بعد حساب قيمة المال المفروضة عليه الضريبة ، كما يجوز اداؤها من عين المال . وكل هذا يراد به التيسير والتسهيل على المكلفين باداء هذه الضريبة .

١٦٤ ــ الضريبة على الخمور والخنازير :

عند الحنفية ، في ظاهر الرواية ، تفرض الضريبة التجارية على الخمور دون الخنازير ، وعند ابي يوســـف تفرض على الخنـــازير ايضـــا [٢].

أما عند زفر ، فقد اختلف المذكور عنه في كتب الاحناف . ففي شرح السير الكبير : « وقال زفر رحمه الله تعالى لا يعشر الخمر ولا الخنـــازير » [٣]. وفي الهدايـــة : « وقـــال زفر رحمــه الله يعشرهما لاستوائهما في المالية » [٤].

والراجح عندي ، قول الهداية . أما ما ورد في شرح الســير الكبير فمحمول على الخطأ المطبعي بزيادة كلمة (لا) في الموضعين . وانما رجحت هذا لانه هو مقتضي قول زفر : « لاستوائهما في المالية عندهم » . وقد رجعت الى نسخ اخرى من الهداية خطية ومطبوعة وفيها كلها : « وقال زفر رحمه الله تعالى يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهــم » [٥].

---

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٥ ــ ١٣٦ . والخراج ليحى بن آدم ص ٧٠ .

(٢) الكاساني جـ٢ ص ٣٨، الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ الفتاوي الهندية جـ١ ص ١٨٣ .

(٣) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٧ .

(٤) الهداية ، طبعة بولاق سنة ١٣١٥ هـ جـ١ ص ٥٣٥ .

(٥) من ذلك نسخة خطية من الهداية في مكتبة الازهر تحت رقم ٢٠٤٧٩ فقه حنفي انتهى كاتبها من كتابتها في رمضان سنة ٨٤٩ هـ . ونسخة خطية اخرى في مكتبــة الازهر تحت رقم ١٤٣٦٤ فقه حنفي انتهــى كاتبها من كتابتها سنة ١٠٥٣ هـ . ونسخة اخرى في مكتبة الازهــر ايضا تحت رقم ٩٢٤ فقه حنفي انتهى كاتبها منها ســـنة ١٢٧٩ هـ . ونسخة مطبوعة بمطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٦ هـ وفيها نفس العبارة ايضا اذ جــاء في جـ١ ص ٧٦ : « وقال زفر رحمه الله يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم ».

وحجة زفر في فرض الضريبة التجارية على الخمر والخنزير هي ان كلا منهما مال متقوم في حق أهل الذمة ، ولهذا كان مضمونا على المسلم بالاتلاف [١].

ووجه ظاهر الرواية، وهو الفرق بين الخمر والخنزير ، ما يأتي : —

اولا — ما روي عن عمر بن الخطاب انه جمع عماله في الموسم وقال لهم ماذا تأخذون من اهل الذمة مما يمرون عليكم من الخمر ؟ فقالوا نصف العشر من أثمانها . فقال عمر ولوهم بيعها وخذوا نصف العشر من أثمانها [٢].

ثانيا — ان الخمر أقرب الى المالية من الخنزير لانها كانت لنا مالا في الابتداء حين كانت عصيرا ، وتصير لنا مالا في الانتهاء بان تصير خلا . اما الخنزير فلم يكن لنا مالا في الابتداء ولا يصير لنا مالا في الانتهاء [٣].

ثالثا — ان الخمر من ذوات الامثال ، واخذ القيمة فيما له مثل من جنسه لايقوم مقامه ، فلا يكون اخذ قيمة الخمر كأخذ عين الخمر ، أما الخنزير فمن ذوات القيم ، والقيمة فيما لا مثل له تقوم مقامه ، فكان اخذ قيمته كأخذ عينه وهذا لا يجوز للمسلم [٤].

رابعا — ان حق الاخذ للدولة بسبب الحماية ، وللمسلم حماية الخمر في الجملة ، ولهذا اذا ورث خمرا فله ولاية حمايتها من غيره ليخللها ، فله ولاية حماية خمر غيره . وهذا بخلاف الخنزير اذ ليس للمسلم حماية الخنزير رأسا ، حتى لو اسلم وله خنازير فليس له ان يحميها بل عليه ان يسيبها ، فلا تكون له ولاية حماية خنزير غيره [٥].

والحق ان هذه الحجج لا تسلم من الاعتراضات، فما روي عن عمر لا يدل على عدم فرض الضرائب التجارية على

(١) الكاساني جـ٢ ص ٣٨ .
(٢) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٨ . المغني جـ٥ ص ٢٧٦ .
(٣) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٨ .
(٤) الكاساني جـ٢ ص ٣٨ ، الهداية جـ١ ص ٥٣٥ .
(٥) الكاساني جـ٢ ص ٣٨ ، الهداية جـ١ ص ٥٣٥ — ٥٣٦ .

الخنازير بحجة انه لم يذكر الا الخمر ، لان عدم ذكر الشيء لا يدل على منع ذلك الشيء • والقول بان الخمر أقرب الى المالية من الخنزير لا تأثير له في المسألة، لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم كالخنزير •

وقولهم ان الاخذ ــ أي أخذ الضريبة ــ بسبب الحماية ، والمسلم له حماية الخمر بالجملة بخلاف الخنزير ، يرد عليه ان الخنزير ما دام مالا متقوما في حق الذمي كالشاة في حقنا ، كما قال الحنفية ، فيلزم من هذا ان يدخل في الحماية كما دخلت الخمر في الحماية باعتبارها مالا متقوما للذمي • وعليه فالراجح ، عندي ، قول ابي يوسف وزفر •

وعند الحنابلة والشافعية لا يعشر الخمر ولا الخنزير ولا ثمنهما لانهما ليسا بمال اصلا ، والعشر ــ اي الضريبة التجارية ــ انما يؤخذ من المال المتقوم [١]•

١٦٥ ــ ادعاء الذمي ما يسقط التعشير (الضريبة التجارية) :

الاصل عند الحنفية ان الذمي ، في هذه الضريبة ، كالمسلم الا في مقدارها المأخوذ منه [٢]• فيقبل منه ما يقبل من المسلم من ادعاء ما يسقطها، كعدم مضي الحول على ماله ، او عدم نيته الاتجار به ، او كونه مدينا بدين محيط بماله او منقص للنصاب ، او ادعائه الاداء الى عاشر آخر • فيصدق الذمي في جميع هذه الادعاءات بيمينه ، ولا يفارق المسلم الا في ادعائه اداء المستحق عليه الى الفقراء ، فان المسلم يصدق فيه ، والذمي لا يصدق ، لان ولاية الصرف الى المستحقين ليست الى الذمي

(١) كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٧ ، الكاساني جـ٢ ص ٣٨ .
والمال المتقوم هو ما كان محرزا فعلا ومحلا لانتفاع معتاد شرعا حال السعة والاختيار . وغير المتقوم هو ما لم يكن مملوكا لاحد او كان مملوكا فعلا ولكنه لا ينتفع به عادة على وجه يرتضيه الشارع ويجيزه حال السعة والاختيار كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم . فالخمر والخنزير بالنسبة لغير المسلمين مال متقوم ما داموا يعتمدون صحة التعامل والانتفاع به في العادة ، ولان الشارع امرنا ان نترك اهل الذمة وما يدينون فوجب علينا ان نعترف لهم بتقوم الخمر والخنزير : الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ١٦٧ .
(٢) الكاساني جـ٢ ص ٣٧ .

فلا يصدق فيه . وعللوا تصديق الذمي ومساواته مع المسلم في مسقطات الضريبة الا ما استثنى ، بأن الذمي بعقد الذمة صار له ما للمسلمين وعليه ما عليهم ، وانه لا يفارق المسلم في هذه الضريبة وشروطها الا في مقدار المأخوذ منه [١].

وعند الحنابلة لا يصدق الذمي في ادعائه الدين المنقص للنصاب الا اذا أقام بينة من المسلمين [٢]. وعند مالك لا يقبل ادعاؤه الدين حتى ولو اقام البينة [٣].

والراجح عندي ، عدم تصديق الذمي في ادعائه ما يسقط الضريبة ، لان هذه الضريبة في الحقيقة ليست زكاة حتى تخضع لشروط الزكاة وانما هي كما قال صاحب المغنى : « حق يختص بمال التجارة لتوسعه في دار الاسلام وانتفاعه بالتجارة » [٤]. فلا محل لتصديقه في ادعائه ما يسقط الضريبة . ولا يصح قياسه على المسلم في تصديقه فى هذه الادعاءات ، لان هذه الضريبة في حق المسلم زكاة ، والاصل ان المسلم نفسه يخرج زكاة عروض التجارة ، وانما استحقت الدولة جبايتها اذا خرج بهذه الاموال الى خارج المدن لصيرورتها كالمال الظاهر .

المطلب الثاني

الضرائب التجارية بالنسبة الى المستأمنين

١٦٦ — اذا دخل الحربي باماان دار الاسلام بمال للتجارة استوفيت منه ضريبة تجارية على ماله ، لانه لما دخل دار الاسلام صار ماله في

(١) الدر المختار ورد المحتار جـ٢ ص ٥٣ — ٥٤ .
(٢) المغني جـ٨ ص ٥٢١ ، كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٧ .
(٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ ، ٥٣٧ .
(٤) المغنـي جـ٨ ص ٥٢٢ .

حماية الدولة الاسلامية فأوجب ذلك حق استيفاء هذه الضريبة منه [١]، وقد ذكرنا دليل شرعية هذه الضريبة من قبل [٢].

١٦٧ — القاعدة في هذه الضريبة :

المعاملة بالمثل هي القاعدة عند الحنفية والزيدية في فرض هذه الضريبة ومقدارها ، فيعامل المستأمن بمثل ما يعامل به اهل دار الاسلام اذا دخلوا دار الحرب باموالهم التجارية ، ودليل هذه القاعدة ان عاشرا — أي جابي الضريبة — كتب الى عمر : « كم نأخذ من تجار اهل الحرب ؟ فقال كم يأخذون منا ؟ فقال : هم يأخذون منا العشر ، فقال : خذ منهم العشر » [٣]. وكتب ابو موسى الاشعري الى عمر بن الخطاب ان تجار المسلمين اذا دخلوا دار الحرب اخذوا منهم العشر ، فكتب اليه عمر : خذ منهم اذا دخلوا الينا ذلك العشر [٤].

والحنابلة والمالكية والشافعية والاباضية لم يأخذوا بقاعدة المعاملة بالمثل ، الا انهم اختلفوا في مقدار الضريبة ، فالحنابلة قالوا يستوفى منهم العشر — أي عشر اموالهم التجارية — سواء عشروا اموال المسلمين او لم يعشروها [٥]. وهكذا قال المالكية ، الا انهم قالوا بتنقيص الضريبة الى نصف العشر اذا كان ما دخلوا به طعاما الى مكة والمدينة وقراهما [٦]. وعند الشافعية لا تستوفى من المستأمن ضريبة عما

(١) الكاساني جـ٢ ص ٣٧؛ فتح القدير جـ١ ص ٥٣٤ .
(٢) فقرة ١٥٦ ص ١٧٧ من هذه الرسالة .
(٣) المبسوط جـ٢ ص ١٩٩ — ٢٠٠ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٩ ، شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٣ : واما الحربي فانما امرنا بأخذ العشر منه لانهم يأخذون منا العشر فأمرنا بأخذ العشر منهم ، اذ الامر بيننا وبين الكفار مبني على المجازاة . . . الدليل عليه ما روي ان عاشر عمر (رض) كتب اليه كم نأخذ من تجار اهل الحرب ؟ فقال كم يأخذون منا ؟ فقال هم يأخذون منا العشر . فقال خذ منهم العشر . فقد جعل الامر بيننا وبينهم على المجازاة .
(٤) الخراج ليحيى بن آدم ص ١٧٣ .
(٥) كشاف القناع جـ١ ص ٧٢٨ ؛ المغني جـ٨ ص ٥٢١ — ٥٢٢ .
(٦) شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٣ ص ١٤٣ — ١٤٤ ؛ الشرح الصغير للدردير جـ١ ص ٣٤٥ .

يدخل به من اموال تجارية الا بالشرط وبقدر المشروط وان كانت دولته تأخذ من تجار المسلمين اذا دخلوا اقليمها . ولكن اذا اتجر المستأمن في دار الاسلام فان الدولة تستوفى منه العشر [1]. وقال الاباضية يؤخذ من المستأمن ربع العشر ، وهو ما يؤخذ من المسلم في دار الاسلام ، وان لم يأخذوا من تجار المسلمين اذا دخلوا اليهم [2].

١٦٨ — قاعدة المعاملة بالمثل وما يترتب عليها :

ويترتب على قاعدة المعاملة بالمثل ، التي قال بها الاحناف والزيدية ، وتؤيدها الاثار المروية عن عمر بن الخطاب ، مسائل عديدة تقوم على هذه القاعدة . فمن ذلك :

اولا — لا يعشر مال المستأمن اذا كان أقل من مائتي درهم ، اي اذا كان أقل من نصاب الزكاة ، لان ما دون النصاب قليل ، وأهل دار الحرب لا يأخذون من تجار دار الاسلام اذا كان مالهم قليلا . فاذا كانوا يستوفون ضريبة على قليل المال وكثيرة فان دار الاسلام تعاملهم بالمثل [3]. ولكن صاحب الدر المختار قال : « الاصح عدم تعشير مالهم اذا لم يبلغ نصابا وان اخذوا منا من مثله ، لان ما دون النصاب قليل ، والاخذ من القليل ظلم ولا متابعة في الظلم » [4] . وأضاف ابن عابدين « بان ما دون النصاب معد للنفقة غالبا ، والاخذ منه مخالف لمقتضى الامان » [5].

ثانيا — مقدار الضريبة يتحدد بقدر ما يأخذه أهل دار الحرب من أهل دار الاسلام [6] . وفي هذا حالات :

---

(١) الام للشافعي جـ٤ ص ١٢٥ ، مختصر المزني جـ٥ ص ١٩٩ — ٢٠٠ .
(٢) شرح النيل جـ١٠ ص ٤١٢ .
(٣) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٤ .
(٤) الدر المختار جـ٢ ص ٥٦ ، المبسوط جـ٢ ص ٢٠٠ : فان كانوا — اي أهل دار الحرب — يظلموننا في اخذ شيء من القليل فنحن لا ناخذ منهم ، [illegible] لو كانوا يأخذون جميع الاموال من التجار لا نأخذ منهم مثل ذلك لان ذلك يرجع الى غدر الامان .
(٥) رد المحتار جـ٢ ص ٥٦ .
(٦) الكاساني جـ٢ ص ٣٨ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٩ .

أ ــ اذا كانوا يأخذون من تجار دار الاسلام الخمس أو اكثر من ذلك او أقل اخذنا منهم نفس المقدار • ودليل هذا ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال لعماله : خذوا منهم ما يأخذون منا [١]•

ب ــ اذا كانوا يأخذون الكل من تجارنا ، أي يأخذون جميع أموالهم التجارية ، فان قاعدة المعاملة بالمثل لا تعمل هنا ، فلا نأخذ الكل منهم ، على القول المختار عند الاحناف ، بل نبقي للمستأمن ما يبلغه مأمنه [٢]• وقيل بل نأخذ الكل منهم مجازاة لهم وزجرا • ولكن رد على هذا القول ــ بحق ــ بأن اخذ الكل منهم ، بعد اعطاء الامان ، غدر منا ، ونحن لا نتخلق به لتخلقهم هم به ، بل نهينا عنه ، كما لو قتلوا الداخل اليهم منا بامان لا نقابلهم بالمثل ، فلا نقتل من يدخل الينا منهم بأمان [٣]• فما اروع هذا الكلام واقطعه في الدلالة على تمسك الفقهاء بمعاني الاخلاق العالية والمثل الرفيعة والعدالة الخالية من نوازع الهوى والعاطفة •

جـ ــ اذا كانوا لا يأخذون منا شيئا فاننا لا نأخذ منهم شيئا [٤]•

د ــ اذا لم نعلم كم يأخذون من اهل دار الاسلام فاننا نأخذ منهم العشر [٥]• ويعلل الفقهاء ذلك بأن دخول الحربي دار الاسلام بأمان الدولة الاسلامية وحمايتها اوجب استيفاء هذه الضريبة منه • فاذا عرفنا ما تستوفيه دولته من رعايا دار الاسلام اخذنا منه مثله ، وان جهلناه أخذنا منه العشر لان عمر بن الخطاب قال لعماله : اذا أعياكم ان تعلموا كم يأخذون منا فخذوا منهم العشر [٦]•

(١) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٣ ، الكاساني جـ٢ ص ٣٨ ــ ٣٩ ، الفتاوي الهندية جـ١ ص ١٨٤ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٩ .
(٢) شرح العناية على الهداية ، وفتح القدير جـ١ ص ٥٣٤ .
(٣) فتح القدير جـ١ ص ٥٣٤ .
(٤) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٣ ، الفتاوي الهندية جـ١ ص ١٨٤ ، رد المحتار جـ٢ ص ٥٦ .
(٥) الفتاوي الهندية جـ١ ص ١٨٤ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٩ .
(٦) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٣ ، الكاساني جـ٢ ص ٣٩ .

وعندي ان اخذ العشر في هذه الحالة لا يخرج عن قاعدة المعاملة بالمثل لان عادة اهل دار الحرب ، بصورة عامة ، اخذ العشر من تجار دار الاسلام ، فاذا لم يتبين مقدار ما يأخذونه فعلا من تجارنا كان اخذ العشر منهم مبنيا على ما جرت به عادتهم . ومما يؤيد ان عادتهم اخذ العشر من تجار اهل دار الاسلام ما رواه ابو يوسف في كتابه الخراج ان ابا موسى الاشعري كتب الى عمر بن الخطاب « ان تجارا من قبلنا من المسلمين يأتون ارض الحرب فيأخذون منهم العشر » [١]. وما رواه ابو عبيد في كتاب الاموال ان عمر بن الخطاب كان يأخذ من اهل الحرب العشر « لانهم كانوا يأخذون من تجار المسلمين مثله اذا قدموا بلادهم » [٢].

ثالثا — اذا كان اهل دار الحرب يعفون من الضريبة مالا معينا من اموال اهل دار الاسلام اذا دخلوا به دار الحرب ، فاننا نعفيهم ايضا من الضريبة بالنسبة الى ذلك المال [٣].

رابعا — اذا كان اهل دار الحرب لا يستوفون ضريبة من اهل ذمتنا اذا دخلوا عليهم بالخمر والخنازير فاننا نقابلهم بالمثل فلا نستوفي منهم ضريبة على ما يدخلون به الى دار الاسلام من خمر وخنازير .

وكذلك اذا لم يستوفوا ضريبة من نسائنا او رجالنا ، اذا دخلوا اليهم باموال تجارية ، فاننا لا نأخذ شيئا من نسائهم او رجالهم اذا دخلوا دار الاسلام باموال تجارية [٤] .

خامسا — الاصل عدم استيفاء ضريبة عن مال الصبي الحربي اذا دخل الينا باماان الا ان يكون اهل دار الحرب يستوفون مثل هذه الضريبة من صبياننا اذا دخلوا اليهم [٥].

---

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٥ .
(٢) الاموال لابي عبيد ص ٥٣١ .
(٣) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٦ .
(٤) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٩ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٩ .
(٥) الدر المختار جـ٢ ص ٥٦ .

١٦٩ — الضريبة على الخمور والخنازير :

عند الامام ابي يوسف تستوفى الضريبةالتجارية عنخمور المستأمن وخنازيره ، فقد جاء في كتابه الخراج : « اذا مر أهل الحرب على العاشر بالخنازير والخمور فان ذلك يقوم عليهم ثم يؤخذ منهم العشر » [١]. وعند الامام محمد تستوفى الضريبة عن الخمور دون الخنازير [٢]. ويبدو ان الحنابلة والشافعية لا يرون فرض ضريبة على خمور وخنازير المستأمن ، قياسا على ما قالوه في خمر الذمي وخنزيره [٣].

١٧٠ — عدد مرات استيفاء الضريبة :

عند الحنفية والحنابلة لا تستوفى الضريبة من المستأمن عن ماله الذي دخل به دار الاسلام الا مرة واحدة في السنة [٤]. ويعلل الاحناف ذلك بان المستأمن ما دام يتردد في دار الاسلام ولم ينته الحول فحكم الامان الذي دخل به باق ، فيكون بمنزلة الذمي الذي يتنقل في دار الاسلام . والذمي لا تستوفى منه ضريبة عن ماله الا مرة واحدة في السنة فكذلك المستأمن . ويؤيد ما قاله الاحناف والحنابلة ان جابيا لعمر بن الخطاب اراد ان يستوفى الضريبة عن فرس لمستأمن مرتين ، فكتب اليه عمر بن الخطاب الا يستوفى منه الضريبة الا مرة واحدة [٥]. كما ان استيفاء الضريبة عن المال أكثر من مرة يؤدي الى استئصاله فيعود على موضوع الامان بالنقض [٦].

واذا رجع المستأمن الى دار الحرب ثم عاد بماله نفسه الذي كان قد دخل به استوفيت منه ضريبة اخرى . وهذا ما نص عليه الحنفية والزيدية [٧]. وعلل الاحناف ذلك بأن المستأمن برجوعه الى دار الحرب

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ .
(٢) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٧ .
(٣) فقرة ١٦٤ ص ١٨٩ من هذه الرسالة .
(٤) الهداية جـ١ ص ٥٣٤ ، الدر المختار جـ٢ ص ٥٦ ، الفتاوي الهندية جـ١ ص ١٨٤ ، المغني جـ٨ ص ٥٢٣ .
(٥) شرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٦ — ٢٨٧ ، المبسوط جـ٢ ص ٢٠١ .
(٦) فتح القدير جـ١ ص ٥٣٤ .
(٧) الهداية جـ١ ص ٥٣٥ ، الفتاوي الهندية جـ١ ص ١٨٤ ، شرح الازهار جـ١ ص ٥٧٩ .

ارتفع عنه حكم الامان الاول ، فاذا عاد الى دار الاسـلام فانما يعود بامان جديد فيكون كأنه دخل لاول مرة فتستوفى منه الضريبة التجارية المقـررة [١].

١٧١ — ادعاء المستامن مسقطات الضريبة :

لا يصدق المستأمن فيما يصدق فيه الذمي من ادعاء مسقطات الضريبة ، كادعائه عدم تمام الحول ، او عدم الفراغ من الدين ، او كون ماله غير معد للتجارة . وعلل الحنفية ذلك بان ادعاءه عدم تمام الحول لا يفيد لان استيفاء الضريبة منه لا يعتبر فيه الحول . وادعاؤه الديـن لا يرفع عنه الضريبة لان ما عليه من دين في دار الحرب لا يطالب به في دارنا . وادعاؤه ان المال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لانه لو لم يقصد التجارة لما جلب ماله الى دار الاسلام [٢]. ولكن اذا ادعى أداء الضريبة الى عاشر آخر فقد قال بعض الحنفية يصدق ، وقال البعض الآخـر لا يصدق [٣]. والراجح عدم تصديقه ، لان تصديقه بمجرد قوله يؤدي الى افلات اكثر المستأمنين من هـذه الضريبة . ولكن لو أيد دعـواه بوثيقة من العاشر الذي استوفى منه الضريبة او اقام البينة المقبولة على ادائه الضريبة فينبغي ان يصدق في هذه الحالة .

المطلب الثالث

تقدير نظام الضرائب التجارية وما عليه العمل الآن .

١٧٢ — نظام الضرائب التجارية ، او كما يسميه الفقهاء «التعشير»

(١) شـرح السير الكبير جـ٤ ص ٢٨٧ ، الكاساني جـ٢ ص ٣٧ ، الخراج ليحي بن آدم ص ١٧٣ .
(٢) شرح العناية على الهداية جـ١ ص ٥٣٣ ، رد المحتار جـ٢ ص ٥٥ .
(٣) الدر المختـار ورد المحتـار جـ٢ ص ٥٥ .

وكما بيناه في المطلبين السابقين ، هو التنظيم الذي رسمه الفقه الاسلامي في فرض الضرائب على الاموال المنقولة المعدة للتجارة ، بالنسبة للمسلمين ، وغير المسلمين من ذميين ومستأمنين ، وهو تنظيم بسيط كان يكفي في حينه لجباية هذا النوع من الضرائب وسد نفقات الدولة به وبغيره من الموارد الاخرى • وقد خضع له الذميون لانهم مواطنون وينتفعون بمرافق الدولة وحمايتها في التنقل في دار الاسلام بقصد التجارة والربح ، فكان من المعقول ان يساهموا في سد نفقات الدولة • وقد فرض عليهم نصف العشر ولم يفرض ربعه كما هو المقرر فى حق المسلمين ، لان المأخوذ من المسلمين زكاة والزكاة هذه هي فريضتها ، ولان الذميين معفوون من دفع الضرائب عن أموالهم التجارية في داخل المدن بخلاف المسلمين اذ يؤدون عنها الزكاة وهي ربع العشر أيضا كما بينا من قبل • اما المستأمنون فقد فرضت على اموالهم التجارية التي يدخلون بها دار الاسلام ضريبة تجارية يتحدد مقدارها بموجب قاعدة المعاملة بالمثل على رأي الاحناف ومن وافقهم ، او بمقدار العشر دائما على رأي فريق آخر من الفقهاء كما بينا من قبل • وليست هناك ضريبة اخرى على المستأمنين ، فاقوال الفقهاء صريحة في أن ما يؤخذ من المستأمن هو الضريبة على امواله التجارية التي يدخل بها ثم لا يؤخذ منه شيء عن ارباحه التي يجنيها في دار الاسلام ، وهذا خلاف المعمول به حاليا في الدول الاسلامية ، اذ يخضع الاجنبي فيها الى ضرائب متنوعة ومنها الضريبة على ارباحه كما سنذكره بعد قليل •

وبالرغم من بساطة تنظيم هذه الضرائب التجارية ، كما بينه الفقهاء ، فان بعض هذه الضرائب استعمل كأداة للتوجيه الاقتصادي • يدل على ذلك ما فعله عمر بن الخطاب حيث خفض من سعر هذه الضريبة الى ٥٠٪ بالنسبة للمستأمنين الذين يجلبون الطعام الى المدينة ، ليكثر جلب الطعام الى الحجاز ، فقد جاء في كتاب الاموال لابي عبيد : « كان عمر يأخذ من النبط : من الزيت والحنطة نصف العشر لكي يكثر الحمل

الى المدينة ، ويأخذ من القطنية العشر » [١] • وهذه هي السياسة الاقتصادية التي تتبعها الدول الحديثة في فرض الضرائب الجمركية اذا ارادت اكثار دخول بعض السلع اليها باستيرادها من الخارج ، او حماية بعض الصناعات والمنتوجات المحلية ، فتقلل الضرائب في الحالة الاولى وتزيدها في الحالة الثانية [٢]• وهذه السياسة تستطيع أن تباشرها الدول الاسلامية في الوقت الحاضر وتجد لها سندا من فعل عمر بن الخطاب الذي ذكرناه ، ولان الضرائب الجمركية على الاموال الواردة الى دار الاسلام تخضع لقاعدة المعاملة بالمثل على ما ذهب اليه الاحناف ومن وافقهم كما فصلناه في المطلب الثاني من هذا المبحث ، وحيث ان الدول الحاضرة تأخذ بهذه السياسة فلا ضير على الدولة الاسلامية ان اتبعتها ايضا بناء على قاعدة المعاملة بالمثل •

١٧٣ — ما عليه العمل الآن :

تأخذ الدول الاسلامية اليوم بنظام الضرائب ، فتفرض على المواطنين والاجانب ضرائب متنوعة ، وهذه الضرائب لم ينص عليها الفقهاء ، أو على الاقل لم ينصوا على اكثرها • والتي نصوا عليها اصابتها تغييرات وتحويرات تلائم العصر الحديث وحاجات الدولة كالضرائب الجمركية التي تقابل التعشير • والدول التي تطبق الشريعة الاسلامية كالسعودية أخذت أيضا بنظام الضرائب وفرضتها في بلادها كما سنذكر بعضها الآن • ففي الجمهورية العربية المتحدة تفرض ضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة وعلى الارباح الصناعية والتجارية وعن كسب العمل ، وينظم هذه الضريبة القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته • وهناك ضريبة الاراضي الزراعية وينظمها قانون ضريبة الاطيان رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته • والضريبة على العقارات المبنية وينظمها قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ • والضريبة على حاصلات الاراضي ، وتسمى برسم

(١) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٣ .
(٢) الدكتور محمد عبد الله العربي ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ — ١٠٨ .

انتاج ، وينظمها قانون رقم ٤ لسنة ١٩٣٢ . وهناك ضريبة عامة على الايراد وينظمها قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ وتعديلاته . وقد جاء في المادة الاولى منه ما يأتي : « تفرض ضريبة عامة على الايراد وتسري على صافي الايراد الكلي للاشخاص الطبيعيين المصريين ايا كان موطنهم والاجانب المتوطنين (في الجمهورية المصرية) حتى لو كانت ايراداتهم ناتجة من مصادر خارج مصر . اما الاجانب غير المتوطنين في مصر فلا يخضعون للضريبة الا على ذلك الجزء من الايراد الذي تنج في الجمهورية المصرية » .

وفي الضرائب على ارباح المهن غير التجارية يخضع لهذه الضريبة كل من يزاول هذه المهن في الجمهورية العربية المتحدة سواء كان وطنيا او اجنبيا مقيما في الجمهورية العربية او غير مقيم فيها [1].

وفيما يخص الضرائب على الاموال المستوردة توجد عدة تشريعات تنظم هذه الضرائب كاللائحة الجمركية الصادرة بالامر العالي في ٢ ابريل سنة ١٨٨٤ وقانون رقم ٢ لسنة ١٩٣٠ بتعديل التعريفة الجمركية ، ومرسوم ١٤ فبراير سنة ١٩٣٠ الخاص بوضع تعريفة جديدة للرسوم الجمركية .

وفي الجمهورية العراقية توجد عدة تشريعات بخصوص الضرائب ، منها قانون ضريبة الدخل رقم ٨٥ لسنة ١٩٥٦ ويخضع لهذه الضريبة العراقيون والاجانب ، كذلك قانون رقم ٨ لسنة ١٩٦١ بشأن ضريبة البنزين والسجاير ، وقانون ضريبة الاملاك رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ . اما الاموال المستوردة فتخضع للضرائب الجمركية المنصوص عليها في القوانين المرعية كقانون الجمارك رقم ٥٦ لسنة ١٩٣١ وتعديلاته وقانون التعريفة الجمركية رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٥ .

وفي العربية السعودية توجد عدة تشريعات وانظمة ضريبية منها

(١) الموجز في الضرائب المصرية تاليف الدكتور محمد العربي والدكتور حامد عبد اللطيف ص ٢٢٦ .

الضريبة العقارية وضريبة البنزين وغير ذلك . كما يوجد نظام ضريبة الدخل لسنة ١٣٧٦ هـ الخاص بغير السعوديين أي الاجانب .

والضرائب على الاموال المستوردة والمصدرة ينظمها نظام الجمارك الصادر سنة ١٣٧٢ هـ .

١٧٤ — من هذا كله يظهر لنا ان الدول الاسلامية حتى العربية السعودية ، وهي تطبق الشريعة الاسلامية ، قد اخذت بنظام الضرائب فسنت القوانين المنظمة لها وفرضتها على المواطنين والاجانب .

ونتساءل هنا هل لهذه الضرائب من سند شرعي وتخريج فقهي ام لا ؟

والحق ان هذه المسألة تتصل بمسألة اخرى هي مدى حق الدولة الاسلامية في سنها الضرائب وفرضها على المواطنين والمقيمين في اقليمها . ولهذا يتعين علينا ان نعالج المسألة الثانية وهي حق الدولة الاسلامية في فرض الضرائب . وعلى ضوء ما يظهر يكون الحكم وهذا ما نبينه في الفقرة التالية .

١٧٥ ـ مدى حق الدولة الاسلامية في فرض الضرائب :

لم تعد واجبات الدولة في الوقت الحاضر مقصورة على تأمين سلامة المواطنين ضد الاعتداء الداخلي والخارجي وانما تجاوزته الى مختلف الميادين الصحية والتعليمية والاجتماعية ، وبهذا ازدادت اعباؤها وواجباتها . ولا شك ان القيام بهذه الامور يتطلب المال اللازم لها ، فهل تستطيع الدول الاسلامية فرض الضرائب على المواطنين من مسلمين وذميين لسد نفقاتها ، اذا لم تكف موارد بيت المال التي نص عليها الفقهاء ؟ .

الذي نراه . بعد أن استعرضنا دلائل الشريعة ونصوصها ، ان للدولة الاسلامية الحق في فرض الضرائب على رعاياها اذا ما كانت بحاجة الى المال لسد نفقاتها وتحقيق الخير للمواطنين وكفالتهم في حالة العوز والفاقة وتوفير العيش الكريم لهم . والدليل على ذلك من وجوه كثيرة

نذكر أهمها :ـ

أولا ـ المال ضروري لاقامة الدولة الاسلامية وبقائها :

الاسلام يأمر باقامة الدولة الاسلامية ويحرص على بقائهـا لان اغراضه لا تتحقق كما ينبغي ، واحكامه لا تنفذ كما يجب الا بقيام هذه الدولة التي تطبق الاحكام وتقيم العدل بين الناس . ولهذا نص الفقهاء على وجوب نصب الخليفة وقالوا انه فرض على الامة يجب ان تؤديه (١). وقيام الدولة يستلزم قطعا توافر المال للقيام بواجباتها وسد نفقاتها . فاذا لم تف موارد الدولة التـي نصت عليهـا الشريعة صراحـة فللدولة ، حفظا لبقائها وقياما بواجباتها ، فرض الضرائب على المواطنين بمقـدار ما يكفي لسد حاجتها لئلا تشيع الفتن فيها ويتزعزع كيانها ويزول من الوجود . وفي هذا يقول الامام الشاطبي : « اذا خلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند وليس فيه ما يكفيهم ، فللامام ان يوظف على الاغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال الى ان يظهر مال في بيت المال او يكون فيـه ما يكفي ... ووجه المصلحة في هذا ان الامام العادل لو لم يفعل ذلك لبطلت شوكته وصارت الديار عرضة للفتن » (٢). وما ذكره الشاطبي من حاجات الجند يتسع لجميع متطلبات الدفاع في الوقت الحاضر كاعداد الذخيرة الحربية بانواعها ، واقامة المصانع لها حسب متطلبات العصر . ثم ان حاجات الجند ، التي ذكرها الشاطبي ، ليست هي الحاجة الوحيدة للدولة ، فهناك حاجات اخرى ضرورية لها في الوقت الحاضر كانشـاء الطرق والجسور والمستشفيات والمدارس وتوفـير الضمان الاجتماعي لابنائها وغير ذلك مما يجعل الامة قوية مرهوبة الجانب ، ويعود على ابنائها بالخير العميم . وبهذا تقوى الدولة وتثبت وتتحقق الاغـراض التي قامت من اجلها .

---

(١) النظريات السياسية الاسلامية للاستاذ محمد ضيـاء الدين الريس ص ١١٤ .

(٢) الاعتصام للشاطبي ص ٣٠١ ـ ٣٠٢ . عن كتاب المصلحة في التشريع الاسلامي لمصطفى زيد ص ٥٢ .

ثانيا ـ المجتمع الاسلامي مجتمع تعاوني :

المجتمع الاسلامي مجتمع تعاوني قام على اساس التعاون والتناصر والتكافل فيما بين افراده . فقد أمر الشارع بالتعاون على ما ينفع الامة ، قال تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » [١]. والدولة وهي ممثلة للمجتمع ، لها ان تنظم هذا التعاون وتجعله بشكل مؤثر مفيد ، فتفرض الضرائب على القادرين الموسرين وتنفق حصيلتها على ما ينفع المجتمع او تسد بها حاجة المحتاجين، وبهذا تجعل التعاون عمليا لا نظريا . قال الامام ابن حزم : « وفرض على الاغنياء من أهل كل بلد ان يقوموا بفقرائهم ويجبرهم السلطان على ذلك ان لم تقم الزكاة بهم ولا في سائر اموال المسلمين بهم ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لابد منه ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك ، وبمسكن يكنهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة » [٢]. وعلى هذا فللدولة ان تفرض في اموال الاغنياء ما يحقق ما ذكره ابن حزم ولا تتركه لهم ، لان جباية المال عن طريق الدولة وصرفه على الفقراء يحقق المقصود بصورة أتم وايسر لا سيما في وقتنا الحاضر ، فتقيم الدولة مثلا المؤسسات العامة والملاجيء وتسكن المحتاجين فيها وتجري عليهم العطاء بصورة منظمة . وهذا ضرب من ضروب التضامن الاجتماعي الذي اصبح من اهم واجبات الدولة في الوقت الحاضر ، وقد قررته الشريعة الاسلامية قبل ان تأخذ به الدول الحاضرة . والواقع ان اهتمام الشريعة الاسلامية بتحقيق التضامن الاجتماعي اهتمام عظيم لا نظير له ، ويدعو الى الاعجاب والاكبار ، من ذلك ما رواه الصحابي ابو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم ، انه قال : « من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له . قال : فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا انه لا حق لأحد

---

(١) سورة المائدة جـ٦ الآية ٢ .

(٢) المحلي لابن حزم جـ٦ ص ١٥٦ .

منـا في فضل » [١]. وروى ايضا عن النبي صلى الله عليـه وسلم انه قال : « من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث ، ومن كان عنده طعام اربعة فليذهب بخامس او سادس » [٢]. فلتحقيق هـذه المعاني الجليلة التي تضمنها هذان الحديثان وامثالهما ، ينبغي تمكين الدولة مـن فرض الضرائب ، عند الحاجة ، على الاغنياء وانفاقها على ما يعود بالنفع عـلى المحتاجين ، فتقوم الدولة ، بهذا الاجراء ، بواجب التضامن الاجتماعي وتحقيقه بين المواطنين كما دعت اليه الشريعة صراحة . وقد همّ عمر بن الخطاب بتنفيذ هذا الاجراء ، وهو رئيس الدولة الاسلامية ، فقد روى ابن حزم ان عمر بن الخطاب قال : « لو استقبلت من امري ما استدبرت لاخذت فضول اموال الاغنياء فقسمتها على فقراء المهاجرين » . قال ابن حزم عن اسناد هذا الاثر : وهذا اسناد في غاية الصحة والجلالة [٣].

وعن علي بن ابي طالب انه قال : « ان الله تعـالى فرض على الاغنياء في اموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم فان جاعوا او عروا وجهدوا فبمنع الاغنياء ، وحق على الله تعـالى ان يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليـه » [٤]. فاذا قامت الدولة بفرض الضرائب على الاغنياء للقيـام بواجبها نحو المواطنين الفقراء فانما تستخلص حقا للفقراء من الاغنياء .

ولا يقال هنا ، ان هذه النصوص تنصرف الى المسلمين وحدهم فلا تشمل الذميين ، لاننا نقول ان الاصل هو ان الذمي كالمسلم في الحقوق والواجبات الا ما خص بدليل ، والذمي مواطن في الدولة الاسـلامية ويعيش في مجتمعنا التعاوني وينتفع هو نفسه من كفالة بيت المال ومن مرافق الدولة المتنوعة فمن الحق والعدل ان يخضع لتنظيم الدولة في باب الضرائب فيساهم في أدائها اذا كان قادرا كمـا ينتفع هو من حصيلتها ، فالغنم بالغرم .

(١) المرجع السابق ص ١٥٦ — ١٥٧ .
(٢) المرجع السـابق ص ١٥٧ .
(٣) المرجع السابق ص ١٥٨ .
(٤) المرجع السابق ص ١٥٨ .

فعلى اساس التعاون الذي يقوم عليه المجتمع الاسلامي ، وما للدولة من حق السيادة ، تستطيع الدولة الاسلامية ان تلزم الافراد بأداء ما تفرضه من ضرائب [1].

ثالثا ـ ان في المال حقا سوى الزكاة :

ان الزكاة الواجبة على المسلمين ليست هي الحق الوحيد في اموالهم، بل هناك حقوق اخرى ، فقد صح عن عائشة وابن عمر وغيرهما من الصحابة ، انهم قالوا : « ان في المال حقا سوى الزكاة » [2]. وقد ذكره القرطبي والرازي مرفوعا الى النبي (ص) ، بصدد تفسير قوله تعالى : «ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين ... الخ » ثم قالا : ان الايتاء هنا غير الزكاة ، وانه من الواجبات لا التطوعات ، ومثّل الرازي لهذه الواجبات باطعام المضطر . ثم قال القرطبي : « واتفق العلماء على انه اذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد اداء الزكاة فانه يجب صرف المال اليها . قال مالك رحمه الله : يجب على الناس فداء اسراهم وان استغرق ذلك

(١) وهذا هو أساس فرض الضرائب في الدول الحاضرة . جاء في كتاب اصول علم المالية العامة والتشريع المالي للدكتور محمد عبدالله العربي جـ١ ص ١٠٤ : « فالاساس الحقيقي ، اذن ، للضريبة ليس عقدا بين الدولة والفرد بل اساسها ما للدولة من سلطة آمرة على الرعية .. الدولة ضرورة اجتماعية منوط بها ان تسعى بالجماعة الى غايات شتى مادية ومعنوية وان تقوم بسداد طائفة كبيرة من الحوائج المشتركة ... ولما كان انجاز هذه المهام يستلزم الانفاق حتما كان للدولة الحق في أن تطلب الى رعيتها والى كل من يستظل بسمائها باسم التضامن الاجتماعي ان يتضافروا جميعا في النهوض بعبء هذا الانفاق . ذلك هو مصدر حق الدولة في جباية الضريبة واساسه الصحيح ... فالضريبة ضرورة لا مناص للدولة من الالتجاء اليها للقيام بالمرافق العامة » .

ونص الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته الثالثة : على أن «التضامن الاجتماعي اساس للمجتمع» . وفي مادتها السادسة: « العدالة الاجتماعية اساس الضرائب والتكاليف العامة » .

(٢) المحلي جـ٦ ص ١٥٨ .

اموالهم . وهذا اجماع ايضا » [١]. فالزكاة ليست الحق الوحيد في المال ، بل فيه حقوق اخرى يجب اداؤها . وهي بجملتها حقوق تعود بالنفع على الجماعة وتسد حاجة المحتاجين فيها ، وما ذكره القرطبي والرازي نعتبره تمثيلا لا حصرا . وعلى هذا فللدولة ، اذن ، ان تفرض الضرائب الضرورية لهذا الغرض ، وهي بهذا الفرض تستوفي بعض الحقوق الواجبة في اموال الافراد .

رابعا — الامام مسؤل عن رعيته :

ان الحكومة في الدولة الاسلامية مسئولة عن رعاية شئون الرعية ودفع الضرر عنها ، وجلب المنفعة لها ، وتحقيق مقتضيات العدل فيها ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : « كلكم راع فمسئول عن رعيته ، فالامير الذي على الناس راع وهو مسئول عنهم ... الا فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » [٢]. وقال الامام النووي في تفسير هذا الحديث : « قال العلماء ، الراعي هو الحافظ المؤتمن الملتزم صلاح ما قام عليه وما هو تحت نظره . ففيه ان كل من كان تحت نظره شيء فهو مطالب بالعدل فيه والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته » [٣].

وعلى هذا ، اذا رأت الحكومة ان صلاح الرعية في احوالهم يقتضي فرض الضرائب لتحصيل المال اللازم لسد حاجتها ، او لتحقيق اغراضها ، فلها ان تفعل ذلك ، لانها مسئولة عن صلاح حال الرعية .

خامسا — قاعدة المصالح المرسلة :

وفرض الضرائب عند الحاجة يجد له سنده من قاعدة المصالح المرسلة وهي قاعدة مشهود لها بالصحة والاعتبار ، وقد اعتمدها بعض

---

(١) تفسير القرطبي جـ٢ ص ٢٤١، ٢٤٢ ، تفسير الرازي، طبعة المطبعة البهية سنة ١٩٣٨ ، جـ٥ ص ٢٤ . وآية : ليس البر ، في سورة البقرة جـ٢ الآية ١٧٧ .

(٢) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان جـ٢ ص ٢٨٤ .

(٣) المرجع السابق جـ٢ ص ٢٨٤ .

فقهاء المالكية فيما ذهب اليه من جواز فرض الضرائب على الرعية لحاجة يراها الامام . فقد قال هذا البعض من فقهاء المالكية : « توظيف الخراج على المسلمين من المصالح المرسلة . ولا شك عندنا في جوازه وظهور مصلحته في بلاد الاندلس في زماننا لكثرة الحاجة لما يأخذه العدو من المسلمين سوى ما يحتاج اليه الناس وضعف بيت المال عنه ، فهذا يقطع بجوازه الآن في الاندلس . وانما النظر في المقدار المحتاج اليه من ذلك ، وذلك موكول الى الامام »[1]. فهذا الكلام صريح في جواز فرض الضرائب على الرعية عند الحاجة ويقوم على المصلحة المرسلة ، ومقدارها مفوض الى رأي الحكومة فهي التي تعين المقدار المناسب نظرا الى حاجتها دون ارهاق على الرعية او تضييق .

سادسا ـ قاعدة سد الذرائع :

وقاعدة سد الذرائع تقضي بجواز فرض الضرائب عند الحاجة ، لان الدولة الاسلامية اذا لم تجد المال الكافي لسد نفقاتها والتخلص من ضعفها الاقتصادي والعسكري وتخلفها في الميادين الاخرى الصحية والاجتماعية وغيرها ، فان حبل الامن فيها يضطرب ، ويشيع فيها القلق ويسري فيها الضعف فيسهل عند ذاك الاستيلاء عليها . فاذا اتجهت الدولة الى فرض الضرائب المناسبة ، ورأت في هذا المسلك اسلوبا صحيحا لدرء هذه المفاسد فانها لا تكون مخالفة للشرع بناء على أصل سد الذرائع وهو اصل مشهود له بالصحة . قال القرافي : « والذريعة كما يجب سدها يجب فتحها فان الذريعة هي الوسيلة ، فكما ان وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج . وموارد

---

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية ، المطبوع على هامش كتاب الفروق للقرافي . وقد نقل المؤلف ما ذكرناه في الصلب عن الشيخ المالقي في كتاب الورع ، بعد ان ذكر عن الشاطبي انه ممن يرى جواز ضرب الخراج على الناس عند ضعفهم وحاجتهم : تهذيب الفروق جـ١ ص ١٤١ .

الاحكام على قسمين : مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في انفسها ، ووسائل وهي الطرق المفضية اليها ، وحكمها حكم ما افضت اليه من تحريم وتحليل » [1].

سابعا — المال لله :

المال لله ، والناس خلفاء فيه . قال تعالى : « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » [2] . قال القرطبي في تفسيره : (مما جعلكم مسخلفين فيه) دليل على ان اصل الملك لله سبحانه ، وان العبد ليس له فيه الا التصرف الذي يرضي الله ... الى ان قال : « وهذا يدل على انها ليست بأموالكم في الحقيقة ، وما انتم فيها الا بمنزلة النواب والوكلاء ... » [3].

فالمالك الحقيقي للمال هو الله تعالى ، وما يد الناس عليه الا يد عارية او يد وكالة ، ومن واجب الوكيل ان يتصرف فيما وكل فيه طبقا لرأي الموكل وعلى النحو الذي يرضيه ، فاذا قامت مصلحة حقيقية في فرض الضرائب ، فللدولة ان تفرضها لمصلحة الجماعة ، لان الله يرضى بما ينفع الجماعة ويحقق مصلحتها ، حتى ان مصلحتها اعتبرت حقا لله .

الخلاصة :

١٧٦ — فاذا تبين — من الادلة التي ذكرناها — ان للدولة الحق في فرض الضرائب على الافراد ، فلها ان تفرضها وتنظمها طبقا لما تراه محققا للمصلحة والحاجة في الوقت الحاضر ، فتفرضها على المسلمين والذميين في أموالهم التجارية التي في بلدهم وعدم قصرها على ما ينتقلون به من بلد الى آخر . ولها ان تنظم طرق جبايتها بشكل يوافق مقتضيات العصر الحديث ويحقق جبايتها على احسن الوجوه دون تقيد

---

(١) الفروق للقرافي جـ٢ ص ٣٣ .
(٢) سورة الحديد جـ٢٧ ، الآية ٧ .
(٣) تفسير القرطبي جـ١٧ ص ٢٣٨ .

بالاساليب التي ذكرها الفقهاء . ولها ان تحدد مقدارها بما تراه كافيا ، فقد رأينا عمر بن الخطاب ينقص مقدار الضريبة الى النصف بالنسبة للمستأمنين اذا جلبوا طعاما الى المدينة لما رأى ان المصلحة تقتضي ذلك . كما ان للدولة ان تفرض الضرائب على أموالهم الاخرى وعلى مختلف وجوه نشاطهم الاقتصادي وارباحهم وفقا للحاجة والمصلحة .

ولها ان تخضع الاجانب — المستأمنين — للضرائب التي تشرعها لانهم يستفيدون من مرافق الدولة ، فلا مانع من خضوع ارباحهم ونشاطهم الاقتصادي للضرائب التي تشرعها الدولة كما هو الشأن بالنسبة للمواطنين ، فضلا عن ان الدولة الحديثة في الوقت الحاضر تخضع الاجانب في اقليمها للضرائب التي تقررها . فيجوز ، اذن ، للدولة الاسلامية ان تعامل الاجانب في بلادها كما يعامل رعاياها في الدول الاجنبية عملا بقاعدة المعاملة بالمثل التي أخذ بها الفقهاء ومن قبلهم عمر بن الخطاب في فرض الضرائب التجارية (العشور) على المستأمنين .

المبحث الرابع

في واجباتهم الاخرى

١٧٧ — وعلى اهل الذمة والمستأمنين واجبات اخرى غير مالية يلتزمون بها قبل الدولة ، وعليهم مراعاتها وعدم مخالفتها . من هذه الواجبات ما يأتي :

أولا — الامتناع عما فيه غضاضة على المسلمين وانتقاص لدينهم . مثل ذكر الله سبحانه وتعالى او كتابه أو رسوله او دينه بسوء . لان اظهار هذه الافعال استخفاف بالمسلمين وازدراء بعقيدتهم وطعن في الاسلام الذي قامت عليه الدولة الاسلامية . وهذا كله لا

يجوز . والذميون لم تعقد لهم الذمـة على المجاهرة بهـذه الامور . والحق ان الامتناع عن هذه الافعال ليس واجبا على الذميين فقط ، بل هو واجب ايضا على المسلمين ، حتى ان المسـلم اذا خالف هذا الواجب ارتد عن الاسلام . وانما ذكرت هـذا الواجب بالنسبة للذمي لانه اذا خالفه فان عهده ينتقض على رأي كثير من الفقهاء كما ذكرنا من قبل [١].

والمستامن في هذا الواجب وما يترتب على مخالفتـه كالذمي . يدل على ذلك ان يهودية كانت موادعة ، مستأمنة غير ذمية ، قد شتمت الرسول (ص) فأهدر دمها ولم يعاقب قاتلهـا [٢] . وأنس بن زنيم من بني بكر هجا رسول الله (ص) فاهدر دمه ، مع انه لم يكن ذميـا وانما كان موادعا ، فهو في حكم المستأمن [٣].

ثانيـا — وعلى اهـل الذمة الامتناع عن اظهار بيـع الخمور والخنازير في امصار المسلمين أو ادخالها فيها على وجه الشـهرة والظهور ، وهذا هو المنقول عن عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب . والحجة لهـذا القـول ان امصار المسلمين تقـام فيها شعائر الاسلام الظاهرة ، وفي اظهار بيع الخمور والخنازير فيها استخفاف بالمسلمين ، وما عقدنا لهم الذمة على الاستخفاف بالمسلمين [٤]. بل ويمنعون مـن هذا الفعل في امصار المسلمين ولو شرط لهم جوازه في عقد الذمة ، لانه شرط باطل ، والشرط الباطل لا يجـوز الوفاء به [٥]. والحق ان هذا المنع ليس فيه تضييق على الذميين ، لانهم اذا كانوا يعتقدون حل الخمر واكل الخنزير واقروا على ذلك فليس من لوازم هذا الاقرار

---

(١) فقرة ٣٠ ص٤٣ من هذه الرسالة .
(٢) الصارم المسلول على شاتم الرسول للامام ابن تيمية ص ٦٠ — ٦١ .
(٣) المرجـع السـابق ص ٨٠٦ .
(٤) مختصر الفتاوي لابن تيمية ص ٥٠٢ ، تفسير القرطبي جـ٨ ص ١١٣ ، المغني جـ٨ ص ٥٣٣ ، شرح الخرشي جـ٣ ص ١٤٨ — ١٤٩ ، شـرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٥١ ، ٢٥٥ .
(٥) شرح السير الكبير جـ٣ ص ٢٦١ .

اظهارهم بيع الخمور والخنازير في امصار المسلمين او ادخالها على وجه الشهرة والظهور . فضلا عمـا قد يترتب على ذلك من اغـراء بعض سفهاء المسلمين وحملهم على تناول هذه المحرمات ، وهذا لايجوز .

الا ان لاهل الذمـة اظهار بيـع الخمور والخنـازير في قراهم وامصارهم ، لان المنع من ذلك مختص بامصار المسلمين ولانه لا يترتب على هذا الاظهار ما قلناه فيمـا لو اظهروا هذا البيع في امصـار المسـلمين [١].

ويمنع اهل الذمة من اظهار فسق يعتقدون حرمته كالفواحش ونحوها كما يمنع المسلم منها ، سواء كان ذلك في امصار المسلمين أو في امصارهم [٢]. والاصل في منعهم من كل منكر محرم في دياناتهم هو ما روي عن النبي (ص) انه كتب الى أهل نجران يمنعهم من الربا . والربا محرم في دياناتهم كما هو محرم في ديننا ، بدليل قوله تعـالى « وأخذهم الربا وقد نهوا عنه » [٣].

والمستامن كالذمي في لزوم الامتناع عمـا ذكرناه . لان هـذه الافعال منكرات لاتقرها الدولة الاسلامية ، فهي من قبيل الامـور المتعلقة بالنظام العام للدولة الاسلامية التي لا تجوز مخالفتها مـن قبل أي شخص . وأيضا فان المستأمن يلتزم احكام الاسلام ما دام في دارنا كما يلتزم بها الذمي [٤].

---

(١) المرجـع السـابق ص ٢٥٤ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٦٠ — ٢٦١ ، الكاساني جـ٧ ص ١١٣ — ١١٤ .
(٣) شرح السير الكبير جـ٣ ص٢٦٠ ، وآية واخذهم الربا في سـورة النسـاء جـ٦ ، الآية ١٦١
(٤) الكاساني جـ٧ ص ١٣٣ .

الباب الثاني

الجرائم والعقوبات

١٧٨ ـ منهج البحث :

نقدم لهذا الباب تمهيدا عاما للتعريف بالجريمة في الشريعة الاسلامية وبيان أنواعها ، وعقوباتها ، ومدى سريان القانون الجنائي الاسلامي . ثم نتكلم بعد ذلك عن جرائم الذميين والمستأمنين المضرة بأمن الدولة وسلامتها ، وعن جرائمهم ضد الاشخاص والاعراض والاموال ، وعن جرائم المسلمين ضد الذميين والمستأمنين والعقوبات المقررة لجميع هذه الجرائم . وعلى هذا سنقسم هذا الباب الى تمهيد عام وخمسة فصول على النحو التالي :

تمهيد عام

الفصل الاول في الجرائم المضرة بأمن الدولة وسلامتها

الفصل الثانى في جرائم الاعتداء على النفس

الفصل الثالث في جرائم الاعتداء على مادون النفس

الفصل الرابع في جرائم الاعتداء على الاعراض

الفصل الخامس في جرائم الاعتداء على الاموال

تمهيد عام

١٧٩ ــ القانون الجنائي الاسلامي من فروع القانون العام :

في الشريعة الاسلامية احكام خاصة بالجرائم والعقوبات ، وهذه الاحكام تقابل ما يسمى في الوقت الحاضر بالقانون الجنائي [١].

والذي عليه علماء القانون في الوقت الحاضر اعتبار القانون الجنائي من فروع القانون العام لا الخاص [٢]. فالقانون الجنائي الاسلامي يعتبر من فروع القانون العام حسب اصطلاح علماء القانون . ولا ينتقض قولنا هذا بالقول بان جرائم الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس تصيب مصالح الافراد خاصة ولهذا جعلت الشريعة الاسلامية القصاص في هذه الجرائم حقا للفرد المصاب نفسه أو لوليه ، مما يدل على ان القانون الجنائي الاسلامي يدخل في نطاق القانون الخاص لا العام . لاننا نقول ان القصاص وان كان من حق العبد الا ان فيه حقا لله ، أي حق المجتمع . وبيان ذلك ان الحنفية نقسمون الحقوق بالنسبة الى من تضاف اليه الى اربعة أقسام : حقوق خالصة لله ، وحقوق خالصة للعبد ، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله فيه غالب ، وما

(١) القانون الجنائي هو القانون الذى يبين الجرائم المعاقب عليها ، اذ لا عقوبة بغير نص ، وقدر العقوبة في كل جريمة . فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الافعال المنهى عنها ، والتى اذا ارتكبهاالفرد اعتبر خارجا على المجتمع واستحق العقاب : اصول القانونللدكتور السنهورى والدكتور حشمت ابي ستيت ص ١٨٦ ــ ١٨٧ .

(٢) يرى بعض الكتاب ان القانون الجنائي فرع من فروع القانون الخاص بحجة ان الجريمة تصيب فى جميع الحالات مصالح فردية قبل أي اعتبار اخر . الا ان هذا الرأي منتقد لان ضرر الجريمة لا يقتصر على الافراد بل يمتد الى المجتمع وفضلا عن ذلك فان هناك جرائم تصيب الدولة نفسها : شرح قانون العقوبات العراقى ــ القسم العام ــ للدكتور مصطفى كامل ص ٤ ــ ٥ . اصول القانون للسنهورى وحشمت ص ١٨٧ .

اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب . فحق الله هو ما تعلق به النفع العام للعالم وحفظ النظام العام فيه من غير اختصاص بأحد . وانما نسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ، مثل عقوبة الزنى والسرقة وقطع الطريق . وحق العبد ما تعلق به مصلحة خاصة دنيوية كحرمة مال الغير . وما اجتمع فيه الحقان وحق الله فيه غالب عقوبة القذف . وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد فيه غالب القصاص [١] . فالقصاص فيه حق الفرد وحق المجتمع ، وحق الفرد هو الغالب . لان جرائم القصاص تصيب الفرد مباشرة فيكتوي هو بنارها وان كان ضررها يسري الى المجتمع . فكان في جعل القصاص حقا للعبد رعاية ظاهرة لهذا الحق مع رعاية لحق المجتمع ، لما في القصاص من ردع المجرمين وفي هذا فائدة أكيدة للمجتمع .

ولوجود حق الله في القصاص صار للدولة الحق في معاقبة الجاني ولو عفا عنه اولياء القتيل ، وفي هذا يقول المالكية : « اذا عفي عن القاتل العمد على الدية فان على القاتل الدية ويستحب له الكفارة ويضرب مائة ويحبس سنة » [٢] .

١٨٠ — تعريف الجريمة :

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الجرائم بانها محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير [٣] . ويفهم من هذا التعريف ، ان

---

(١) شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني ج ٢ ص ١٥١ وما بعدها . كفاية المتخصصين لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٥ وما بعدها . مباحث الحكم لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ١١٩ . وعند الشاطبي ، حق الله هو عبادته بامتثال اوامره واجتناب نواهيه . وما من حكم شرعي الا وفيه ناحية التعبد ، وهي حق الله . وحق العبد هو ما روعي فيه مصلحته سواء أكانت هذه المصلحة دنيوية ام أخروية ، عامة أم خاصة . فالحقان متلازمان ، وقد يغلب احدهما الاخر : الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣١٧ — ٣١٨ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٩

(٣) الماوردي ص ٢١١ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٤١ . المدخل للفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٧٥١ .

المحظورات اذا لم تكن من قبل الشرع فانها لا تكون جرائم شرعية . وان المحظورات الشرعية اذا لم يكن لها عقاب من قبل الشرع فانها لا تعتبر جريمة . وعليه يمكن ان يقال ان الجريمة في الشريعةالاسلامية : (فعل أو ترك نصت الشريعة الاسلامية على تحريمه والعقاب عليه)[1] .

١٨١ ـ أنواع الجرائم :

الجرائم على اختلاف أنواعهـا يجمعها جامـع واحد هو انهـا محظورات شرعية معاقب عليها . وقد قسمها الفقهاء الى ثلاثة أنـواع بالنظر الى نوع عقوبتها ، وهي : جرائم الحدود . وجرائم القصاص والديات . وجرائم التعزير [2] .

١٨٢ ـ جرائم الحدود :

وهي الزنى ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والحرابـة (قطع الطريق) ، والردة ، والبغي على خلاف فيه [3] .

والحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس من

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عوده جـ ١ ص ٦٦ ، والقوانين العقابية الحديثة ، عرفت الجريمة بانها « عمل او امتناع يرتب القانون على ارتكابه عقوبة جنائية » : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، للدكتور محمود محمود مصطفى ص ١٤٠ .

(٢) وقانون العقوبات المصري (العربي) رقم ٥٨ لسـنة ١٩٣٧ جعـل الجرائم ثلاثة أنواع هي : الجنايات والجنح والمخالفات : المادة الثالثة منه ، وبني هذا التقسيم على اساس مقدار العقوبة ونوعها كما هو واضح في مواده من ١٠ ـ ١٢ . وكذلـك سلـك قانـون العقوبـات البغدادي ، فقسم الجرائم الى جنايات وجنح ومخالفات ، وحـدد كل نوع على اساس نوع العقوبة ومقدارها : المواد من ٦ ـ ٨ منه .

(٣) التعزير في الشريعة الاسـلامية للدكتور عبد العزيز عامر ص ٥ ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة جـ ١ ص ٧٩ . وقال الكاساني في بدائعه : الحدود خمسة أنواع وهي : حد السرقة وحد الزنى وحد الشـرب وحد السكر وحد القذف : الكاساني جـ ٧ ص ٣٣ . وفي رد المحتار لابن‌عابدين جـ ٣ ص ١٩٣ : وهي‌ستة انواع : حد الزنى وحد شرب الخمر خاصة وحد السـكر من غيرها وحد القذف وحد السـرقة وحد قطع الطريق .

الدخول . وفي الشرع عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى [١] . وبعض الفقهاء يعرف الحد بانه العقوبة المقدرة شرعا . ولا يقيدها بكونها حقا لله تعالى ، فيسمى القصاص ، بهذا الاعتبار ، حدا أيضا [٢] .

١٨٣ — جرائم القصاص والديات :

وهذه هي جرائم الاعتداء على النفس (القتل) أو على مادون النفس كالجروح وقطع الاطراف . ويسميها الفقهاء بالجنايات على النفس أو على ما دون النفس [٣] . وعقوبة هذه الجرائم القصاص أو الدية ، والكفارة أيضا في جرائم القتل دون غيرها . أما القصاص فمعناه ان يفعل بالجاني مثل فعله هو بالمجني عليه ، من قولك اقتص اثر فلان اذا فعل مثل فعله [٤] . واما الدية فهي المال الواجب بالجناية على نفس او طرف [٥] ، أي على النفس أو على ما دون النفس . ولولي القتيل ان يعفو عن القصاص [٦] ، كما له ان يعفو عن الدية لانها حقه [٧] . وكذلك في الاعتداء على مادون النفس ، للمجني عليه ان يعفو عن الجاني [٨] . واما الكفارة فهي عقوبة فيها معنى العبادة وتكون بعتق رقبة مؤمنة أو بالصيام كما سنذكره فيما بعد .

١٨٤ — جرائم التعزير :

التعزير لغة التأديب [٩] . وشرعا تأديب على معاص لم تشرع فيها

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٥٦ ، الهداية جـ ٤ ص ١١٢ .
(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ١١٣ . الماوردي ص ٢١٣ — ٢١٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٤٤ — ٢٤٧ .
(٣) الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٣ .
(٤) احكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ١٣٣ .
(٥) حاشية سعدي جلبي جـ ٨ ص ٣٠٠ .
(٦) الكاساني جـ ٧ ص ٢٤٦ ، الماوردي ص ٢٢٢ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٥٦ .
(٧) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عوده جـ ١ ص ٨١ .
(٨) ابو يعلى الحنبلي ص ٢٦٠.
(٩) المنجد ص ٥٢٥ .

عقوبات مقدرة [١] . فالتعزير عقوبة لم يحدد الشارع مقدارها . وجرائم التعزير هي المحظورات الشرعية التي ليس لها عقوبة مقدرة من الشارع ، مثل الخلوة بأجنبية وأكل الربا والقذف بغير الزنى وخيانة الامانة ونحو ذلك [٢] .

والامام هو الذي يقدر عقوبة التعزير . ولهذا قال الفقهاء ان من الفرق بين الحد والتعزير ان الحد مقدر ، والتعزير مفوض الى رأي الامام [٣] . والامام ، أو نائبه ، كالقاضي ، في تقديره عقوبة التعزير ، لا يصدر عن هوى وانما يلاحظ جسامة الجريمة وظروفها ومقدار ضررها ، وحال الجاني من كونه من ذوي المروآت ، ولم يرتكب من قبل جريمة ، أو كونه من ذوي السوابق والاجرام . كما يلاحظ ما به يتم انزجار الجاني وعدم عوده الى مثل فعله في المستقبل [٤] . وعلى ضوء هذه الامور كلها يقدر الامام أو القاضي العقوبة المناسبة للجريمة .

ويجب التعزير على كل عاقل بالغ اذا ارتكب شيئا من جرائم التعزير سواء كان حرا أو عبدا ، ذكرا أو انثى ، مسلما أو كافرا . أما الصبي العاقل فيعزر تأديبا لا عقوبة [٥] . كما يجب التعزير سواء كان المجني عليه مسلما أو كافرا [٦] .

١٨٥ ـ سريان القانون الجنائي الاسلامي من حيث المكان :

المبدأ المأخوذ به في التشريعات الحديثة هو مبدأ اقليمية القانون الجنائي . وهذا المبدأ له شقان : الاول ان القانون الجنائي في دولة

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي جـ ٢ ص ٢٥٨ ؛ الماوردي ص ٢٢٧ ابو يعلى الحنبلي ص ٢٦٣ .
(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١١٩ ـ ١٢٠ ، رد المحتار جـ ٣ ص ٢٥١ ؛ تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٢٥٩ .
(٣) رد المحتار جـ ٣ ص ٢٤٥ .
(٤) السياسية الشرعية لابن تيمية ١٢٠ ، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٢٦٤ .
(٥) الكاساني جـ ٧ ص ٦٣ ـ ٦٤ .
(٦) الدر المختار ورد المحتار جـ ٣ ص ٢٦٠ .

ما يطبق في اقليمها فقط ، فيحكم كل ما يقع على اقليمها من جرائم أيا كانت جنسية مرتكبيها . والشق الثاني لهذا المبدأ هو ان القانون الجنائي لا يمتد الى خارج اقليم الدولة ، فلا سلطان له على ما يقع هناك من جرائم .

ولكن ترد على هذا المبدأ بشقيه استثناءات تعطل تطبيقه داخل الاقليم أو تمد من سلطانه الى خارج هذا الاقليم (١) .

وقد أخذ كل من القانون الجنائي المصري « العربي » والعراقي بهذا المبدأ (٢) .

والقانون الجنائي الاسلامي في أصله قانون عالمي ، لانه جزء من الشريعة الاسلامية ، وهي بطبيعتها شريعة عالمية لا اقليمية تطبق على الناس كافة في جميع بقاع الارض ، وهم مخاطبون بأحكامها . ولكن لعدم ولاية دار الاسلام على ما سوى اقليمها فقد تعذر تطبيقها في خارج اقليمها . وعلى هذا فالشريعة الاسلامية من حيث الناحية النظرية العلمية شريعة عالمية ومن حيث الواقع والضرورات العملية شريعة اقليمية . وفي هذا يقول الامام ابو يوسف : « ولان الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة الا انه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها » (٣) .

فالقانون الجنائي الاسلامي ، اذن ، قانون اقليمي من حيث الواقع.

---

(١) شرح قانون العقوبات المصري — القسم العام — للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٥٨ ، وشرح قانون العقوبات العراقي — القسم العام — للدكتور مصطفى كامل ص ٩٥ — ٩٦ .

(٢) جاء في المادة الاولى من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته : « تسري احكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » .
وجاء في قانون العقوبات البغدادي الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ وتعديلاته في الفقرة الاولى من المادة الثانية : « تسري احكام هذا القانون على كل من يرتكب في العراق اية جريمة تدخل ضمن نطاق احكامه » .

(٣) الكاساني جـ ٢ ص ٣١١ .

فينطبق على جميع الجرائم التي تقع في دار الاسلام بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو دياناتهم • فيطبق على المسلمين والذميين والمستأمنين ، وهذه هي القاعدة العامة • الا ان في بعض جزئياتها اختلافا قليلا بين الفقهاء بالنسبة الى الذميين ، واختلافا أكثر بالنسبة الى المستأمنين • فأبو حنيفة وصاحبه محمد ، مثلا ، لا يريان اقامة الحدود ، التي هي محض حق الله تعالى ، كحد الزنى ، على المستأمن (١) ، كما سنبينه فيما بعد •

وقد استثنى جمهور الفقهاء ، من المالكية والحنابلة والشافعية والحنفية في ظاهر الرواية عندهم ، الذميين والمستأمنين من عقوبة شرب الخمر لانهم لا يؤمنون بحرمتها (٢) • وذهب الفقهاء الاخرون الى غير ما ذهب اليه الجمهور ، فعند الظاهرية تجب عقوبة شرب الخمر على شاربها مسلما كان أو غير مسلم (٣) • وعند الشيعة الامامية يحدون اذا تظاهروا بشرب الخمر (٤) • وعند الزيدية يحدون اذا سكروا لتحريم السكر عليهم (٥) • وعن الحسن بن زياد يحدون اذا

(١) شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٧ ؛ جـ ٤ ص ١٠٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥ ؛ المبسوط جـ ٣ ص ١٢١ ؛ الهداية جـ ٤ ص ١٥٤ ؛ فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٥ ـ ١٥٦ . الام للشافعي جـ ٦ ص ٤٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٧٣ ؛ ٢٨٩ . المغني جـ ٨ ص ٤٠١ ـ ٤٠٢ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٦٩٩ ، ٧١١ ، شرح منتهى الارادات جـ ١ ص ٧٤١ . شرح الخرشي جـ ٨ ص ٦٣ ، ١٠٢ . المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٢٥ سفينة النجاة جـ ٢ ص ٧٤ ، الخلاف للطوسي جـ ٣ ص ٢٤٢ . شرح الازهار جـ ٣ ص ٣٨٩ ، ٥٧١ ، والبحر الزخار جـ ٥ ص ١٤٨ وما بعدها . اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، الجريمة والعقوبة لاستاذنا محمد ابو زهرة ص ٣٣٣ وما بعدها ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة جـ ١ ص ٢٨٥ ، ٢٨٧ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٣٩ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٠٨ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٥٥ ؛ مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٨٧ .

(٣) المحلى جـ ١١ ص ٣٧٢ .

(٤) سفينة النجاة جـ ٢ ص ٧٢ ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ؛ الفصل الرابع ؛ كتاب الحدود .

(٥) شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٦١ ؛ البحر الزخار جـ ٥ ص ٤٦٢ .

شربوا وسكروا لأجل السكر لا لأجل الشرب [١] .

١٨٦ — وارجح الاقوال عندي قول الزيدية ، فيعزر غير المسلم اذا سكر لأن السكر مفسد للعقول ، والشرائع السماوية لا تبيح ما هو مفسد للعقول . ومما يدل على عدم اباحة السكر عند النصارى ما جاء في الانجيل : « اما تعلمون ان الظالمين لا يرثون ملكوت الله . لاتضلوا ، انه لا الزناة ولا عباد الاوثان ولا الفجار ولا مضاجعو الذكور ولا السارقون ولا الطامعون ولا السكيرون ولا الشتامون ولا الخاطفون يرثون ملكوت الله » [٢] . ولكن ورد في الانجيل ما يدل على اباحة شرب الخمر ، فقد ورد فيه : « ... فقال لهم يسوع املؤا الاجاجين ماء فملؤها الى فوق ، وقال لهم استقوا الان وناولوا رئيس التكاة .. ولما ذاق رئيس التكاة ذلك الماء المتحول خمرا ... » [٣] . فهذا الكلام يدل على اباحة شرب الخمر ، ولكن يحمل — في نظرنا — على الشرب دون السكر .

١٨٧ — سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام :

اولا — فيما يخص جرائم المستأمنين :

لا يسأل الحربي المستأمن في دارالاسلام عن جرائمه في دار الحرب باجماع الفقهاء [٤] ، لعدم ولاية الدولة الاسلامية على دار الحرب ولا

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٤٠ . والحسن بن زياد من تلاميذ الامام ابي حنيفة . ولي القضاء ثم استعفي منه . توفي سنة ٢٠٤ هـ : طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص ١٨ — ١٩ .

(٢) انجيل يوحنا ، الاصحاح السادس ، مطبعة الآباء الدومنكيين في الموصل ، في العراق ، سنة ١٨٩٩ ، الطبعة الثانية ، ص ٤٧٤ .

(٣) انجيل يوحنا ، الاصحاح الثاني ص ٢٥٥ — ٢٥٦ .

(٤) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٩ — ٦٠ : « واجمعوا ان جنايات اهل الحرب بعضهم على بعض في دار الحرب ، وغصب بعضهم بعضا فيها قبل الاسلام موضوعة ، وأن ليس لحاكم المسلمين ان ينظر في ذلك اذا أسلموا أو دخلوا دار الاسلام بأمان » . والبحر الزخار جـ ٥ ص ٤١١ .

على الحربي في داره (١) .

ثانيا ـ جرائم المسلمين والذميين في دار الحرب :

ذهب جمهور الفقهاء الى سريان القانون الجنائي الاسـلامي على رعايا دارالاسلام في دار الحرب ، فيعاقبون على جرائمهم فيها اذا رجعوا الى دار الاسلام . فاذا زنى أحدهم هناك ثم رجع الى دار الاسلام فأقر بزناه أمام القاضي المسلم اقرارا لا شبهة فيه فأن القاضي يقيم عليه الحد . واذا قذف مسلما هناك أقام القاضي المسلم عليه الحد بعد ثبوت القذف . وحجة هذا الرأي ان المسلم باسلامه التزم احكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام أينما كان وانى ذهب . وان الذمي بعقد الذمة التزم هو الاخر أحكام الاسلام فلا ينفك عنه هذا الالتزام الا اذا نقض العهد. وانه اذا تعذر تنفيذ العقوبة على المسلم والذمي في دار الحرب فـان التنفيذ ممكن في دار الاسلام اذا رجعا اليها (٢) .

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣١١ ؛ التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة جـ ١ ص ٢٨٧ ، الجريمة والعقوبة لاستاذنا محمد ابو زهرة ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨ .

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ : « ومن زنى في دار الحرب ثم خرج الينا فأقر عند القاضي لا يقام عليه الحد . وعند الشافعي ومالك يحد . لانه التزم باسلامه أحكام الاسلام أينما كان مقامه » .
المغني جـ ٨ ص ٢١٩ : « ويجب الحد على القاذف في غير دار الاسلام . وبهذا قال الشافعي » . المهذب جـ ٢ ص ٢٥٨ : « ومن قتل في دار الحرب قتلا يوجب القصاص أو أتى بمعصية توجب الحد وجب عليه ما يجب في دار الاسلام لانه لا تختلف الداران في تحريم الفعـل فلم تختلفا فيما يجب به من العقوبة » . المدونة الكبرى ؛ طبعة المطبعة الخيرية ؛ جـ ٤ ص ٣٨٤ : « قال ارأيت لو أن مسـلما دخل دار الحرب بأمان فزنى بحربية فقامت عليه بذلك بيّنة من المسلمين أو أقر بذلك على نفسه . قال : يحد في رأيي » . ونفس المرجع جـ ٤ ص ٤٢٥ ؛ المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٣٦٠ البحر الزخـار جـ ٥ ص ٤٠٩ : « واذا فعل مسلم في دار الحرب ما يوجب الحد حده الامام او أميره حيث له ولاية على اقامته وله التأخير لمصلحة. وقال ابو حنيفة لا حد عليه ... قلنا لا تفصل ادلة الحـدود بين مـكان ومكان » .
التشريع الجنائي الاسـلامي للمرحوم عبد القادر عودة جـ ١ ص ٢٩٧ . والمدخل للفقه الاسلامي لاستاذنا محمدسلام مدكور ص ٧٥٢ .

أما الحنفية فانهم يرون عدم سريان أحكام القانون الجنائي الاسلامي على جرائم المسلمين والذميين في دار الحرب . فاذا دخل أحدهم دار الحرب فزنى أو سرق أو قذف مسلما فانه لا يعاقب على شيء من ذلك اذا رجع الى دار الاسلام . وحجتهم في ذلك أن دار الاسلام لا ولاية لها على دار الحرب فلا تجب العقوبة ، لان وجوبها بالقدرة على تنفيذها ، فاذا تعذر التنفيذ لانعدام القدرة لم تجب العقوبة . وقالوا أيضا ، ان الغرض من وجوب اقامة العقوبة هو زجر الجاني ، والانزجار يحصل باستيفاء العقوبة ، وحيث ان الاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام على دار الحرب فان الانزجار — وهو الغرض من العقوبة — لا يتحقق ، فلا يبقى لوجوبها فائدة ، فلا تجب . واذا قيل ان تنفيذها في دار الاسلام ممكن ، فتبقى العقوبة ، قالوا ان الجريمة في دار الحرب وقعت غير موجبة للعقوبة اصلا لما ذكر ، فلا تنقلب بعد ذلك موجبة للعقاب ، فلا يعاقب فاعلها في دار الاسلام اذا رجع اليها . وهذا بخلاف ما لو ارتكب المسلم أو الذمي جريمة في دار الاسلام ثم هرب الى دار الحرب فان هربه لا يسقط العقوبة ، لان الفعل وقع موجبا للعقوبة فلا تسقط بالهرب [1] .

والراي الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور . وما قاله الاحناف لا ينهض حجة لما ذهبوا اليه ، لأن الجريمة شر وفساد في الارض ، وهذا الوصف لاصق بها ، ولا يزول عنها اينما كان محل ارتكابها . فجريمة الزنى ، مثلا ، لا يتصور انفكاكها عن الفساد والقبح سواء ارتكبت في دار الاسلام أو في دار الحرب . وحيث ان وصف الفعل بالاجرام يبقى قائما فلابد ان يترتب عليه أثره وهو العقاب. وتعذر العقاب لمانع لا يسقط العقاب وانما ينتظر امكان استيفائه ، كالمدين اذا تعذر استيفاء الدين منه ، لافلاسه أو لغيبته أو لهربه ،

(١) الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ ، ٤١٣ ، العناية على الهداية جـ ٤ ص ١٥٢ — ١٥٣ ، الكاساني جـ ٧ ص ١٣١ .

فان الدين لا يسقط وانما يتأخر الاستيفاء ، فكذا هنا . وايضا فان رعايا دار الاسلام ، من مسلمين وذميين ، يلزمهم العمل على منع الاجرام لانه فساد ، لا ان يشتركوا هم في الاجرام والافساد ... وهذا فضلا عن ان نصوص الشريعة لا تفرق في وجوب العقوبة بين جريمة وقعت في دار الاسلام وبين جريمة وقعت في دار الحرب .

١٨٨ ـ ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

قلنا ان مبدأ اقليمية القانون الجنائي مأخوذ به في الجمهورية العربية المتحدة والعراق . ولكن يرد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات ، فقد جاء في المادة الثانية من قانون العقوبات المصري « العربي » رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته : « تسري أحكام هذا القانون أيضا على الاشخاص الآتي ذكرهم : ... ثانيا ـ كل من ارتكب في خارج القطر جريمة من الجرائم الاتية : أ ـ جناية مخلة بأمن الحكومة مما نص عليه في البابين الاول والثاني من الكتاب الثاني من هذا القانون . ب ـ جناية تقليد أو تزييف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية مما نص عليه في المادة ٣٠٢ ، أو جناية ادخال تلك العملة الورقية أو المعدنية المقلدة .. الخ » .
ونص هذا القانون ايضا على سريانه على رعايا الجمهورية العربية المتحدة اذا ارتكبوا في خارجها فعلا يعتبر جناية أو جنحة بموجب هذا القانون ، فيعاقبون بمقتضى أحكامه اذا كان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب الفعل فيه [١] .

وفي العراق ، نصت الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي على سريان أحكام هذا القانون على « كل عراقي يرتكب خارج العراق أية جريمة تدخل ضمن نطاق أحكام هذا القانون ضد سلامة المملكة «الجمهورية» العراقية أو عملتها أو طوابعها أو سنداتها المالية » .
كما نص هذا القانون على معاقبة الاجنبي اذا ارتكب هذه الجرائم خارج

(١) المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري « العربي » .

العراق اذا ما القي القبض عليه في العراق [1] • ونص هذا القــانون أيضا على سريانه على : « كل عراقي يرتكب خارج العراق أية جناية أو جنحة تدخل ضمن نطاق أحكام هذا القانون اذا كان قانون تلك المملكة يعاقب عن تلك الجريمة » [2] •

وهذه الاحكام التي نص عليها القانونان العربي والعراقي تماثل رأي جمهور الفقهاء في مسألة سريان القانون الجنائي الاسلامي على جرائم رعايا دار الاســلام في دار الحرب • ولكن تخالف رأي جميع الفقهاء من جهة ســريانها على الاجانب ، لان الفقهاء لا يرون مؤاخذة الحربيين على جرائمهم في دارهم كما قلنا • ويلاحظ أخيرا ان رأي الجمهور في سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دارالاسلام بالنسبة الى رعايا الدولة الاسلامية لا يزال هو المطبق في المملــكة العربيــة السعودية ، لانها تتبع المذهب الحنبلي ، والحنابلة مع الجمهور في هذه المســألة •

(١) الفقرة (جـ) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •
(٢) الفقرة (د) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •

الفصل الأول

الجرائم المضرّة بأمن الدّولة وسلامتها

١٨٩ ــ الجرائم عموما مضرة بالمصلحة العامة لما فيها من الفساد والاعتداء على أمن الجماعة واستقرارها . فهي بهذا الاعتبار مضرة بأمن الدولة وسلامتها واستقرارها ، ولهذا تحرص الدولة على استئصال الجرائم ومعاقبة مرتكبيها . ومع ان الجرائم عموما مخلة بالمصلحة العامة وأمن الدولة ، الا ان هذا الاخلال ليس سواء في جميع الجرائم . فمن الجرائم ما يظهر فيها عنصر المناقضة لأمن الدولة وسلامتها بصورة واضحة جلية ، ولهذا تفرد الدول في قوانينها الجنائية أبوابا خاصة لهذا النوع من الجرائم [1] .

والجرائم في الشريعة الاسلامية كلها مضرة بمصلحة الجماعة ، وأمن الدولة وطمأنينتها وسلامتها . الا ان بعض الجرائم يظهر فيها الاخلال بأمن الدولة وسلامتها بصورة واضحة . ومن هذه الجرائم ، كما يبدو لنا من طبيعتها وآثارها ، جريمة قطع الطريق ، والبغي ، والتجسس . وليس معنى هذا ان الجرائم المضرة بأمن الدولة وسلامتها مقصورة على

---

(١) خصص قانون العقوبات المصري « العربي » الباب الاول من الكتاب الثاني للجرائم المضرة بأمن الحكومة من الخارج ؛ وذكر هذه الجرائم في المواد ٧٧ ــ ٨٥ . وخصص الباب الثاني من الكتاب الثاني للجرائم المضرة بأمن الحكومة من جهة الداخل ، وذكر هذه الجرائم في المواد من ٨٧ ــ ١٠٢ . وفي العراق ، نص القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ ، قانون تعديل قانون العقوبات البغدادي ، على الجرائم المضرة بأمن الدولة الخارجي ، وخصص لها المواد من ١ ــ ١٢ من الفصل الاول من الباب الثاني عشر . وخصص المواد من ١٣ ــ ١٨ من هذا الفصل لجرائم التجسس . وخصص المواد من ٨٠ ــ ٨٣ من الباب الثالث عشر للجرائم المضرة بأمن الدولة الداخلي .

هذه الجرائم التي ذكرتها ، لاني خصصتها بالذكر لأن الفقهاء ذكروها وتكلموا عنها . اما غيرها من الافعال المضرة بأمن الدولة وسلامتها ، كالتي نصت عليها القوانين الوضعية كالقانــون العــراقي وقــانون العقوبات المصري « العربي » ، فانها تعتبر جرائم في الشريعة الاسلامية ، ويعاقب مرتكبوها بالعقوبات التي يراها الامام ـ الحكومة ـ باعتبارها من جرائم التعزير التي لم ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها .

وتتكلم فيما يلي عن جريمة قطع الطريق في مبحث أول . ثم عن جريمة البغي في مبحث ثان . ثم عن جريمة التجسس في مبحث ثالث .

المبحث الأول

جريمــة قطــع الطريق وعقوبتها

التعريف بالجريمة وعقوبتها :

١٩٠ ـ جريمة قطع الطريق جريمة خطيرة لما فيها من المجــاهرة بالاجرام وترويع الناس وأخذ أموالهم بالقوة والقهر ، وما يترتب على ذلك كله من اخلال خطيرة بأمن الدولة [١] .

(١) تقابل هذه الجريمة ، الجريمة المنصوص عليها في المــادة ٣١٥ من قانون العقوبات المصري « العربي » ، والمادة ٢٦٠ من قانون العقوبات البغدادي .
ولم يضع هذان القانونان هاتين المادتين ضمن مواد الجرائم المتعلقة بأمن الدولة وسلامتها ، وانما وضعاها ضمن مواد السرقة . وارى ان هذه الجريمة من الجرائم الخطيرة التي تخل بأمن الدولة وتروع الناس فضلاً عما فيها من اعتداء على اموالهم وحيــاتهم ، ولهــذا اعتبرتها من الجرائم ضد أمن الدولة .

وقد عرف الفقهاء هذه الجريمة بأنها الخروج على المارة لاخذ المال مجاهرة بالقوة والقهر على وجه يمتنع الناس عن المرور وينقطع الطريق ، سواء أكان مرتكب هذه الجريمة فردا أم جماعة ، بسلاح أم بغيره . وسموا مرتكب هذه الجريمة بالمحارب (١) .

ولهذه الجريمة شروط ، يهمنا منها ماقاله الفقهاء بالنسبة الى المجني عليه . فقد قال الاحناف يشترط في المجني عليه ان يكون مسلما أو ذميا فان كان مستأمنا فلا عقوبة على مرتكب الجريمة وانما يعزر (٢) . ويعلل الاحناف هذا الرأي بأن في عصمة مال المستأمن شبهة الاباحة لانه من اهل دار الحرب (٣) . وعند الفقهاء الاخرين ، كالمالكية والشيعة الامامية ، تتحقق الجريمة سواء أكان المجني عليه مسلما أم ذميا أم مستأمنا (٤) . وهذا هو القول الراجح ، أما قول الحنفية فضعيف . لان المستأمن معصوم الدم والمال ، وهو في حماية الدولة الاسلامية ورعايتها بمقتضى الامان الذي منحته اياه فلا يصح أن يترك بلا حماية . والحماية انما تكون بصورة كافية اذا عوقب من يرتكب ضده هذه الجريمة . ومن غير المعقول ان لاتقيم الدولة الحد على من يرتكب ضده هذه الجريمة بحجة ان في ماله شبهة الاباحة . وما هذه الشبهة التي يدعونها وهو لم يدخل دارالاسلام الا بأمان من الدولة ، وهو أمان يجب احترامه من جميع الافراد بلا استثناء . وعلى هذا فقول غير الاحناف هو القول الذي ينبغي المصير اليه ، لانه هو مقتضى الامان ، ويتفق مع عدل الشريعة وحرصها على مكافحة الاجرام . وهو بعد هذا وذاك أدعى الى الاطمئنان والثقة بعهد الدولة الاسلامية وأمانها ، وأبقى للعلاقات الدولية ، وأدنى

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٩١ — ٩٢ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٠٤ .
(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٩١ .
(٣) المبسوط جـ ٩ ص ١٩٥ .
(٤) شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٠٤ ، التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق جـ٦ ص ٣٢٤ ، وفي جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : وتتحقق المحاربة بأخافة كل من يحرم اخافته من الناس من غير فرق بين مسلم وغيره من اهل الذمة أو الامان .

لاظهار محاسن الاسلام وتسهيل اختلاط غير المسلمين بأهله .

وهذا هو المعمول به في الجمهورية العربيـة المتحدة والعراق ، فيعاقب كل من يرتكب هذه الجريمة سواء كان المجنى عليه وطنيا أو اجنبيا طبقا لمبدأ اقليمية القانون الجنائي المأخوذ به في هاتين الدولتين[١].

١٩١ — والاصل في عقوبة هذه الجريمة قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتّلوا أو يصلّبوا أو تقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أنّ الله غفور رحيم » [٢] .

وعقوبة قاطـع الطريـق أن يقتل أو يصلب اذا قتـل وأخـذ المال . ويقتل بلا صلب اذا قتل ولم يأخذ مالا . وتقطع يده ورجله من خلاف اذا أخذ المال ولم يقتل . وينفي من الارض اذا أخاف السـبيل فقط فلم يقتل ولم يأخذ مالا . والى هذا ذهب أكثر الفقهاء كالشافعي واحمد ، وهو قريب من مذهب أبي حنيفة . وعند المالكية يقتل قاطع الطريق وجوبا اذا قتل المجني عليه . وان لم يقتله ولكن أخذ ماله فقط ، فان الامام مخير فيه بين القتل والصلب والقطع من خلاف . واذا أخاف السبيل فقط فالامام مخير فيـه بين القتل والصلب والقطع من خلاف والنفي [٣] . والمراد بالنفي المنصوص عليه في الآية الكريمة ، كعقوبة من عقوبات قطع الطريق ، حبس الجاني في غير بلده ، وهذا أولى ما قيل

(١) الفقرة ١٨٥ ص ٢١٧ من هذه الرسالة .
(٢) سورة المائدة جـ ٦ ، الآيتان ٣٣ و٣٤ .
(٣) السياسة الشرعية لابن تيميـة ص ٨٢ — ٨٣ ، المغنـي جـ ٨ ص ٢٨٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ٩٣ ، فتح القدير جـ ٧ ص ٢٦٨ ومـا بعدها ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨٠ ، شـرح الخرشي جـ ٨ ص ١٠٥ — ١٠٦ .

في معنـاه (١) .

وتتكلم في المطلب الاول من هذا المبحث عن هذه الجريمـة اذا ارتكبها ذمي . ثم تتكلم في المطلب الثاني عن هذه الجريمة اذا ارتكبها مسـتأمن .

المطلب الأول

قطع الطريق من الذمي

١٩٢ ــ الاسلام ليس بشرط في قاطع الطريق لتحقق الجريمة ، وذلك لعموم قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ... الآية » من غير فصل بين مسلم وغير مسلم . ولان ركن الجريمة ، وهو قطع الطريق ، يتحقق من المسلم وغير المسلم (٢) .

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٣ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨٠ . والنفي بهذا المعنى الذي قلناه يشبه نظام حجز المشتبه بهم والخطرين على الامن في مكان معين أمين ، المعمول به في الجمهورية العربية المتحدة والعراق . ففي الدولة الاولى نصت المادة الرابعة من البند السابع من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، الخاص بنظام الاحكام العرفية ، على انـه « يجوز للسـلطة القائمـة على اجـراء الاحكام العرفية أن تأمر ، باعلان او بأوامر كتابيـة او شـفوية ، بالقبض على المتشردين والمشتبه فيهم وتحجزهم في مكان أمين » : الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري ، للدكتور حسن صادق المرصفاوي ص ٣٠٧ .

وفي العراق نصت المادة (١٤) من مرسوم الادارة العرفية رقم ١٨ لسنة ١٩٣٥ على انه « يجوز لقائد القوات العسكرية ان يتخذ ، باعلان او بأوامر كتابية او شفوية التدابير الآتي بيانهـا ... الامر بالقبض على المتشردين والمشتبه فيهم ويحجزهم في مكان معين » .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٩١ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٧٥ : المحارب من جرد السلاح ... من ذكر أو انثى ، قوي او ضعيف ، مسلم او كافر .

١٩٣ — عقوبة الذمي اذا قطع الطريق :

يعاقب الذمي بعقوبة قطع الطريق المقررة شرعا اذا ارتكب هـذه الجريمة . وهذا ما صرح به الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة فـي احد قوليهم . ويعلل الحنفية هذا الحكم بأن الذمي التزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، وانه من أهل دارنا فتقام عليه الحدود كلها الا حد الخمر [١] .

والظاهر من مذهب الشيعة الامامية انهم في هذه المسألة مع الجمهور ، لانهم لا يشترطون الاسلام في قاطع الطريق ، وقالوا ان أهل الذمة « ان فعلوا ما ليس بسائغ في شريعتهم كالزنى ، فالحكم فيه كما في المسلم للعموم » [٢] . ومعنى هذا ان الذمي يقام عليه حد قطع الطريق كالمسلم ، لان قطع الطريق غير سائغ في جميع الشرائع لما فيه من الاعتداء على الآمنين .

١٩٤ — هل ينتقض عهد الذمي بارتكابه جريمة قطع الطريق ؟

اختلف الفقهاء في هذا . فعند الحنفية والشافعية والزيدية لا ينتقض عقد الذمة بهذه الجريمة [٣] . وهو مذهب مالك أيضا لأن فقهاء هذا المذهب لم يذكروا هذه الجريمة مع الافعال الناقضة للعهد [٤] . بل نجد في المدونة التصريح بمعاقبة الذمي على هذه الجريمة بما يعاقب بـه

(١) المبسوط جـ ٩ ص ١٩٥ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٧ ، الام للشافعي جـ ٤ ص ١٠٩ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٢٥٨ ، المغني جـ ٨ ص ٢٩٨ ، المدونة الكبرى ، طبعة مطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ جـ ١ ص ٣٨١ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ١ ص ٢٠٥ ، تفسير القرطبي جـ ٨ ص ١١٤ .
(٢) جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ .
(٣) البحر الزخار جـ ٥ ص ٤٦١ ، الام جـ ٤ ص ١٠٩ ، شرح السير الكبير ص ٢٢٦ ، الكاساني جـ ٧ ص ١١٣ .
(٤) شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٤٩ — ١٥٠ .

المسلم اذا ارتكبها [1] . ومعنى هذا ان المالكية لا يرون نقض الذمة بهذه الجريمة .

وعند الظاهرية ، ينتقض عقد الذمة بهذه الجريمة فلا يجوز الا قتل الذمي الا اذا أسلم . وعند الحنابلة قولان : الانتقاض وعدمه [2] .

والحجة لاصحاب القول الاول ، على ما قاله الاحناف ، ان جرائم الذميين معاص يرتكبونها وهي دون الكفر في القبح والحرمة ، وقد بقى العقد مع الكفر فمع المعصية أولى [3] .

والحجة للحنابلة في احد قوليهم — وهو الانتقاض — ان الذمي لم تعقد له الذمة على ارتكاب الافعال المضرة بالمسلمين . والحجة لقولهم الثاني ، وهو عدم الانتقاض ، ان هذا الفعل ، أي قطع الطريق ، لايصلح ان يكون ناقضا للذمة الا بالنص عليه في عقد الذمة [4] .

وحجة الظاهرية ان الذمي باقترافه هذا الجرم قد فارق الصغار فلا يجوز الا قتله [5] .

والراجح قول من قال بعدم الانتقاض لما قاله الاحناف، ولان الذمي من اهل دار الاسلام فيجب عليه ما يجب على المسلم اذا ارتكب جرما عدا جريمة شرب الخمر ، فلا وجه للقول بانتقاض عهده . أما الصغار ، الذي ادعى الظاهرية ان الذمي فارقه بارتكابه هذا الجرم ، فمردود بأن الصغار هو التزام الذمي أحكام الاسلام وجريانها عليه [6] ، ومن هذه الاحكام اقامة حد قطع الطريق عليه .

(١) المدونة الكبرى ، طبعة المطبعةالخيرية سنة ١٣٢٤ هـ جـ ١ ص ٣٨١ : قلت : ارايت لو ان قوما من اهل الذمة حاربوا وقطعوا الطريق واخافوا السبيل ... قال : اما اذا خرجوا محاربين يتلصصون فانه يحكم عليهم بحكم اهل الاسلام اذا حاربوا .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٣١ . المغني جـ ٨ ص ٢٩٨ .

(٣) الكاساني جـ ٧ ص ١١٣ .

(٤) المغني جـ ٨ ص ٢٩٨ .

(٥) المحلى جـ ١١ ص ٣١ .

(٦) كشاف القناع جـ ١ ص ٧٠٤ ، فتح العزيز جـ ١٦ ص ١١٦

المطلب الثاني

قطع الطريق من المستامن

١٩٥ — اذا ارتكب المستأمن جريمة قطع الطريق في دار الاسلام ففي اقامة الحد عليه خلاف عند الاحناف . فعند ابي يوسف يقام عليه الحد لان مذهبه اقامة جميع العقوبات على المستأمنين اذا ارتكبوا ما يوجبها الا عقوبة الخمر . وعند أبي حنيفة ومحمد لا يقام على المستأمن الا ما فيه حق العبد غالب من قصاص أو حد قذف [١] ، فلا تقام عليه الحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنى والسرقة وقطع الطريق [٢] .

وحجة أبي يوسف ان المستأمن ما دام في دارنا فهو ملتزم احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالذمي ، ولهذا يمنع من الربا ويقام عليه حد القذف ويجب عليه القصاص . كما ان العقوبات تقام في دار الاسلام صيانة لها من العبث والافساد ، فلو قلنا لا تقام على المستأمن لكان في ذلك اضرار بالمسلمين واستخفاف بدولتهم ، وما أعطيناهم الامان لهذا الاستخفاف أو ذلك الاضرار [٣] .

وحجة ابي حنيفة ومحمد هي ان المستأمن ما دخل دارنا للقرار فيها ، وانما لحاجة يقضيها ثم يرجع الى بلاده ، فهو ليس من أهل دارنا ولم يلتزم بالامان احكامنا المتعلقة بحقوق الله تعالى ، وانما التزم من الاحكام ما يرجع منها الى حقوق العباد ، ولهذا يقام عليه القصاص لانه من حق العباد ، كما يقام عليه حد القذف لان فيه حق العباد [٤] .

(١) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ١٠٨
(٢) المبسوط جـ ٩ ص ٥٥
(٣) المبسوط جـ ٩ ص ٥٦ ، الهداية جـ ٤ ص ١٥٤
(٤) المبسوط جـ ٩ ص ٥٦ ، الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ١٥٥ — ١٥٦

ولكن اذا لم يجب الحد على المستأمن ، على قول أبي حنيفة ومحمد ، فليس معنى هذا ان المستأمن ينجو من كل عقاب . ذلك ان الحنفية قالوا اذا امتنع وجوب الحد على قاطع الطريق فان جرائمه من القتل والجرح وأخذ المال تعتبر كأنها قد حصلت في غير قطع الطريق فيعاقب عليها المجرم [١] . وعلى هذا فان المستأمن اذا قتل او جرح اقتص منه . الا انه لا يقام عليه حد السرقة بأخذه المال لان حد السرقة لا يقام على المستأمن عند أبي حنيفة ومحمد [٢] .

ومذهب الشافعي ، على ما يبدو ، في هذه المسألة ، كمذهب أبي حنيفة . ذلك ان الحدود التي هي حق الله تعالى لا تقام على المستأمن في مذهب الشافعي ، ولكن ينذر بأنه في حالة عدم كفه عن هذه الجرائم وامتناعه عنها فان امانه ينتقض ، لانه لم يؤمن على اتيان الجرائم في دار الاسلام . وان كانت العقوبات من حق العباد كالقصاص وحد القذف فانها تقام عليه [٣] . فالظاهر من هذا أن حد قطع الطريق لا يقام على المستأمن ، عند الشافعية ، لانه من حقوق الله تعالى [٤] .

والاوزاعي يرى اقامة الحدود على المستأمن اذا ارتكب ما يوجبها [٥] . ومعنى ذلك ان حد قطع الطريق يقام عليه أيضا .

١٩٦ — **والراجح** وجوب معاقبة المستأمن بما يعاقب به المسلم في هذه الجريمة ، لان الاصل في العقوبات الاسلامية سريانها على جميع المقيمين في اقليم دار الاسلام لعموم الشريعة وامكان تطبيقها في دار الاسلام . واعتبار حد قطع الطريق من حق الله تعالى لا يمنع من تطبيقه على المستأمن ، لان حق الله هو حق المجتمع أي مصلحته كما قال الاحناف انفسهم ، ومصلحة المجتمع تقضي بمعاقبة قاطعي

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٩٧ ؛ رد المحتار جـ ٣ ص ٢٩٧
(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٥
(٣) الام للشافعي جـ ٧ ص ٣٢٦
(٤) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٨٠ .
(٥) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤

الطريق ، مستأمنين كانوا أو مواطنين ، فكيف تكون مصلحة المجتمع مانعة من أقامة هذه العقوبة على المستأمن ؟ ثم ان الجرائم كلها فساد وانما شرع العقاب لمنع هذا الفساد ، ولا يحصل هذا المقصود اذا قيل ان المستأمن لا يقام عليه حد قطع الطريق .

١٩٧ — هل ينتقض امان المستامن بقطعه الطريق ؟

صرح الحنفية بعدم انتقاض امانه . ويعللون هذا بأن المسلم اذا قطع الطريق لم يكن فعله ناقضا لايمانه فاذا فعله المستأمن لم يكن ناقضا أيضا لأمانه (١) . وعند مالك ينتقض أمانه بهذه الجريمة ، لانه حين دخل الينا بأمان فقد التزم ضمنا الا يفعل شيئا من ذلك ، فاذا فعله كان ذلك ناقضا للامان لاتيانه مايخالف موجب الامان . ولو لم نجعل فعله ناقضا للامان لكان هذا استخفافا بالمسلمين (٢) .

وقول الاحناف هو الراجح وهو المتفق مع قاعدة اقليمية القانون الجنائي الاسلامي التي تقضي بسريان احكامه على جميع المقيمين في اقليم الدولة ، فيعاقب المستأمن بالعقوبة المنصوص عليها . ونرى وجوب اخراجه من دار الاسلام ، اذ لم تكن عقوبته القتل ، لأن بقاءه فساد وضرر ، والامان لايبقى مع الفساد والضرر .

١٩٨ — ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة وفي العراق تسري عقوبة هذه الجريمة على مرتكبها بغض النظر عن ديانته أو جنسيته . لان نصوص قانون العقوبات في هاتين الدولتين اقليمية التطبيق كما قلنا . وللحكومة ابعاد الاجنبي ، بعد تنفيذ العقوبة عليه ، لما لها من حق ابعاد الاجانب . ففي الجمهورية العربية المتحدة نص القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ ، في

---

(١) الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٣٠٨ : وان قطع واحد او اثنان او ثلاثة من المستأمنين الطريق لاينتقض امانهم . شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٦ .

(٢) شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

المواد من ١٥ — ١٨ ، على الاحكام الخاصة بابعاد الاجانب ، وجاء في هذه المواد أن الابعاد يكون بقرار من وزير الداخلية . ولا شك ان ارتكاب الاجنبي هذه الجريمة يجعل وجوده غير مرغوب فيه ومبررا لابعاده بعد تنفيذ العقوبة عليه .

وفي العراق نص قانون الاقامة رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ على ابعاد الاجنبي في احوال خاصة ، منها اذا كان هناك ما يستدعي ابعاده لامر يتعلق بالامن (١) . ولا شك ان الاجنبي اذا ارتكب هذه الجريمة فان وجوده يصبح مضرا ومخلا بالامن مما يستدعي ابعاده .

المبحث الثاني

جريمة البغي وعقوبتها

١٩٩ — جريمة البغي هي خروج جماعة ذات قوة على الامام بتأويل سائغ (٢) . فهي جريمة سياسية يبغي أصحابها من ورائها تغيير الامام وتنفيذ ما يعتقدونه صوابا بالقوة والعنف لا بالرأي والمجادلة . فهي بهذا الاعتبار أخطر الجرائم في تهديد أمن الدولة وسلامتها . ويسمى الفقهاء مرتكبي هذه الجريمة بالبغاة .

وحكم البغاة قتالهم اذا أظهروا العصيان للامام وامتنعوا عن اداء ما عليهم من حقوق وجاهروا بذلك وتهيأوا للقتال ، سواء نصبوا عليهم اماما أو لم ينصبوا (٣) . ويرى الاحناف قتالهم وان لم يبدأوا بالقتال فعلا ، محتجين بان تجمعهم واستعدادهم للقتال دليل على قصدهم

(١) المادة ١٧ من قانون الاقامة العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١

(٢) ابو يعلى الحنبلي ص ٣٨ ، الجريمة والعقوبة لاستاذنا محمد ابو زهرة ص ١٧٠

(٣) الماوردي ص ٥٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٣٩ .

السيء فينبغي ان تعاجلهم بالقتال قبل ان يستفحل شرهم وتقوى شوكتهم ويصعب القضاء عليهم [١] . وينبغي للامام قبل ان يقدم على قتالهم ان ينذرهم لعلهم عن غيهم يرجعون [٢] وهذا ما فعله الامام علي بن ابي طالب ، عندما خرج عليه الخوارج ، اذ ارسل اليهم عبد الله بن عباس يدعوهم الى الرجوع الى الجماعة . فاذا رجع البغاة الى الطاعة ولزوم الجماعة لم يجز قتالهم . اما اذا لم يستجيبوا فان الامام يقاتلهم لقوله تعالى « فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيىء الى أمر الله » [٣] .

وتتكلم فيما يأتي عن بغي الذميين في المطلب الاول من هذا المبحث ، ثم عن بغي المستأمنين في المطلب الثاني .

المطلب الأول

بغي الذميين وعقوبتهم

٢٠٠ — الذميون اما ان يرتكبوا جريمة البغي منفردين واما ان يرتكبوها مع البغاة المسلمين ، ولكل حالة حكم يخصها .

الحالة الاولى — انفرادهم بالبغي :

مذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والحنفية انتقاض عقد الذمة بارتكاب الذميين جريمة البغي منفردين [٤] . وهذا هو الظاهر من مذهب الشيعة الامامية ، فقد جاء في جواهر الكلام : « اذا قاتل اهذمي

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ١٤٠ ، الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ٤١١

(٢) الماوردي ص ٥٦ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٣٩

(٣) المغني جـ ٨ ص ١٠٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ١٤٠ . والآية في سورة الحجرات جـ ٢٦ ، الآية ٩

(٤) المغني جـ ٨ ص ١٢١ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٩٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٤ ص ١٤٨ ، شرح الازهار جـ ٤ ص ٥٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٢٨ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٣٧ ، فتح العزيز جـ ١٤ ص ١٧٥ ، الكاساني جـ ٧ ص ١١٣ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٣ ص ٤٢٩ .

مع أهل البغي خرق الذمة بلا خلاف اجده فيه • ولو ادعى الشـــبهة المحتملة في حقه فيبقى على ذمته كما لو ادعى الجهل والاكراه » [١] •
فالشيعة يرون انتقاض عهد الذمي بقتاله مع البغاة المسلمين الا اذا ادعى الشبهة المحتملة • ومن البديهي الا تكون عند الذميين شبهة مقبولـة تدفع عنهم نقض العهد اذا ما ارتكبوا الجريمة منفردين •

والمالكية يفرقون بين حالتين : قتال الذميين عن ظلم ركبهم فلا ينتقض عهدهم • وقتالهم بـلا ظلم اصابهـم فينتقض العهـد [٢] •

الحالة الثانية ــ اشتراك الذميين في جريمة البغي مع البغاة المسلمين :

عند الاحناف يعاقب الذمي بالعقوبة المقررة لهذه الجريمـة ولا ينتقض عهده • وحجتهم هي انه صار تبعا للمسلمين في هذه الجريمة • والمسلم لا ينتقض ايمانه بها ، فكذا الذمي لا ينتقض أمانه بها [٣] •

وعند الزيدية والشيعة الامامية والحنابلة والشافعية ، ينتقض عهد الذمي باشتراكه في جريمة البغي مع البغاة المسلمين الا اذا ادعى الاكراه على القتال معهم او ادعى الشبهة المحتملة • وقال المالكية ينتقض عهده الا اذا كان البغاة المسلمون متأولين [٤] •

واذا لم ينتقض عهد الذمي فانه يغرم ما اتلفه على المسلمين من نفس أو مال ، حال الحرب أو في غير حال الحرب ، بخلاف أهل البغي المسلمين فانهم لا يغرمون ما اتلفوه حال الحرب • وهذا ما صرح بـه

(١) جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، من كتاب الجهـاد
(٢) شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٤٩ .
(٣) المبسوط جـ ١٠ ص ١٢٨ ، فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٥ ، رد المحتار جـ ٣ ص ٤٢٩ .
(٤) البحر الزخار جـ ٥ ص ٤١٩ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، من كتاب الجهاد ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٩٩ ، شرح منتهي الارادات جـ ٤ ص ١٤٨ ، الام للشـافعي جـ ٤ ص ١٤٠ ، مختصر المزني جـ ٥ ص ١٦٠ ، فتح العزيز جـ ١٤ ص ١٧٥ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٢٨ ــ ١٢٩ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٦١ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٣٠٠ ، المواق جـ ٦ ص ٢٧٩ .

الشافعية والحنابلة . ويعلل الحنابلة هذا الحكم بان اهل الذمة لا تأويل لهم ، وان سقوط الضمان عن المسلمين انما كان لحملهم على الرجوع الى الطاعة ، واهل الذمة لا حاجة لنا الى ذلك منهم [١] .

والذي اراه ، انه مادام لم ينتقض عهد الذمي باشتراكه مع البغاة المسلمين فيلزم من هذا ان يعامل معاملة البغاة المسلمين وان يجري عليه ما يجري عليهم . وقول الحنابلة ان الذمي لا تأويل له ، بخلاف المسلم ، قول غير مقنع ، ذلك ان قيام الشبهة في حق الذمي التي دفعت عنه انتقاض العهد تقوم مقام التأويل السائغ في حق المسلم الباغي ، وبالتالي ينبغي ان يكون في الحكم كالمسلم فلا يضمن ما أتلفه من نفس أو مال . وغريب من الحنابلة ان يقولوا في حجتهم : ولان سقوط الضمان عن المسلمين انما كان لحملهم على الرجوع الى الطاعة ، واهل الذمة لا حاجة لنا الى ذلك منهم . غريب هذا القول ، لان الرجوع الى الطاعة كما هو مرغوب فيه من المسلم ، فانه مرغوب فيه ايضا من الذمي . وسقوط الضمان اذا كان وسيلة مشروعة في حق المسلم فهو كذلك وسيلة مشروعة في حق الذمي ، لان الذمي من أهل دار الاسلام وله ما لنا وعليه ما علينا .

٢٠١ ــ ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، نص قانون العقوبات في المادة ٨٧ على انه « يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة كل من حاول بالقوة قلب او تغيير دستور الدولة آو نظامها الجمهوري او شكل الحكومة . فاذا وقعت الجريمة من عصابة مسلحة يعاقب بالاعدام من ألف العصابة وكذلك من تولى زعامتها او تولى فيها قيادة ما » . كما نص على عقوبة من يحرض على ارتكاب هذه الجريمة أو يشترك في

(١) المغني جـ ٨ ص ١٢١ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٩٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٤ ص ١٤٩ ، الام جـ ٤ ص ١٣٨ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٣٧ .

اتفاق جنائي لغرض ارتكابها او يشجع على ارتكابها او يدعو الاخرين الى اتفاق يهدف الى ارتكاب هذه الجريمة (١) .

فهذه الجريمة تشبه جريمة البغي التى تكلم عنها الفقهاء من جهه انها خروج على الحكومة بالقوة ، وارادة تبديلها .

واذا كان المشترك في هذه الجريمة شخصا يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، وكان قد اكتسبها بالتجنس ، فانها تنزع منه اذا رأى ذلك وزير الداخلية على ان يكون ارتكابه الجريمة خلال خمس سنوات من تاريخ اكتسابه الجنسية ، وان يحكم عليه قضائيا في هذه الجريمة (٢) . ونزع الجنسية في هذه الحالة يشبه انتقاض الذمة بسبب ارتكاب الذمي جريمة البغي ، على ما ذهب اليه بعض الفقهاء .

وفي العراق نظم القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ جرائم الخروج على الحكومة والبغي عليها ، فخصص الفصل الثاني منه لهذه الجرائم بعنوان : صيانة أمن الدولة من الداخل . ونص على عقوباتها ، وهي : الاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقتة (٣) . وقد يترتب على هذه الجريمة ، بالاضافة الى العقوبات المنصوص عليها ، اسقاط الجنسية عن المجرم وابعاده خارج العراق (٤) . وهذا الاجراء يشبه نقض الذمة ببغي الذمي كما ذهب اليه بعض الفقهاء .

وفي العربية السعودية لا تزال احكام البغي ، وفقا للمذهب الحنبلي ، هي المطبقة في البلاد . وقد نص نظام الجنسية السعودية على ان من يكتسب الجنسية السعودية بالتجنس تسقط عنه الجنسية ، اذا رات الحكومة الاسقاط ، اذا ثبت قيامه او اشتراكه في أي عمل يخل بالامن العام في المملكة او اذا حكم عليه بحكم جنائي وذلك خلال

(١) المواد ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٧ ، من قانون العقوبات المصري « العربي » .
(٢) المادة ٢١ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ .
(٣) المواد من ٢٢ — ٢٦ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ .
(٤) المادتان الاولى والثانية من مرسوم اسقاط الجنسية العراقية رقم ٦٢ لسنة ١٩٣٣ .

خمس سنوات من تاريخ تجنسه [١] . وعلى هذا فان الذمي المتجنس بالجنسية السعودية تسقط عنه هذه الجنسية اذا ارتكب خلال خمس سنوات من تاريخ تجنسه جريمة البغي لانها تخل بالامن قطعا ، زيادة على العقوبات المقررة لهذه الجريمة .

المطلب الثاني

بغي المستامنين

٢٠٢ ــ اذا ارتكب المستأمنون جريمة البغي منفردين انتقض أمانهم وصاروا كحربيين لا أمان لهم ، لانهم لم يعطوا الامان لقتال الدولة والخروج على الامام . وهذا ما صرح به الاحناف والشافعية والحنابلة [٢] .

اما اذا اشترك المستأمنون مع البغاة المسلمين في بغيهم ، فقد صرح الشافعي والحنابلة بانتقاض عهدهم أيضا الا اذا اثبتوا انهم اكرهوا على معاونة البغاة [٣] . والحنفية لم يصرحوا بالنقض ولا بعدمه في هذه الحالة ، ولكن مقتضى مذهبهم عدم النقض لانهم يصرحون دائما بان المستأمن ما دام في دار الاسلام فهو في الاحكام كالذمي ، والذمي لا ينتقض أمانه باشتراكه مع البغاة المسلمين فكذا المستأمن .

والواقع ان ارتكاب المستأمن جريمة البغي منفردا او مشتركا مع

---

(١) المادة ٢١ من نظام الجنسية السعودية .

(٢) المغني جـ ٨ ص ١٢١ ، شرح السير الكبير جـ ٢ ص ١٠٣ ، المبسوط جـ ١٠ ص ١٣٦ : ولان المستامنين لو تجمعوا او قصدوا قتال المسلمين وناجزوهم كان ذلك منهم نقضا للامان .
مختصر المزني جـ ٥ ص ١٠٦ : فلو كان لهم ــ اى للحربيين ــ امان فقاتلوا أهل العدل كان نقضا لأمانهم .

(٣) فتح العزيز جـ ١٤ ص ١٧٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٢٩ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٣٧ ، المغني جـ ٨ ص ١٢١ .

غيره سبب كاف لنقض أمانه وعده حربيا لا أمان له .

٢٠٣ — ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة والعراق تطبق الاحكام المقررة في القوانين العقابية في هاتين الدولتين على بغي المستأمنين لانها نصوص اقليمية . وللحكومة نقض أمان الاجنبي واخراجه من الدولة على النحو الذي بيناه سابقا (١) .

وفي السعودية تطبق أحكام المذهب الحنبلي على بغي المستأمنين على النحو الذي ذكرناه في الفقرة السابقة .

المبحث الثالث

جريمة التجسس وعقوبتها

٢٠٤ — نقصد بالتجسس هنا محاولة الاطلاع على عورات المسلمين وامورهم واحوال الدولة الاسلامية واخبار العدو بذلك . ولا شك ان هذا الفعل جريمة كبيرة تهدد سلامة الدولة لاسيما في أوقات الحروب .

وقد حرمت الشريعة الاسلامية التجسس ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إنّ بعض الظن إثم ولا تجسسوا » (٢) .

والمسلم اذا ارتكب جريمة التجسس ، فانه على رأي الاحناف يوجع عقوبة ويحبس حتى يحدث توبة (٣) . وعند المالكية ، على رأي ابن القاسم ، يقتل ولا توبة له (٤) .

(١) فقرة ١٩٨ ص ٢٣٣ — ٢٣٤ من هذه الرسالة .
(٢) سورة الحجرات جـ ٢٦ ، الآية ١٢
(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٨٩ — ١٩٠ . وشرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٥ .
(٤) شرح الخرشي جـ ٣ ص ١١٩ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٣ ص ١١٨ ، أقضية الرسول (ص) ص ٢٥ .

وتتكلم فيما يلي عن تجسس الذمي في المطلب الاول . ثم تتكلم عن تجسس المستأمن في المطلب الثاني .

المطلب الأول

تجسس الذمي

٢٠٥ — هل ينتقض عهد الذمي بجريمة التجسس ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الاول :

ينتقض عهده بالتجسس فيكون كالحربي الذي لا أمان له . وهذا قول الاوزاعي والمالكية والراجح في المذهب الحنبلي (١) .

القول الثاني :

لا ينتقض عهده بالتجسس . وهذا قول الحنفية والشافعية والزيدية ، وقول مرجوح في المذهب الحنبلي (٢) . وحجة هذا القول ان هذه الجريمة لا يزول بها ايمان المسلم ، فلا يزول بها أمان الذمي (٣) .

والقول الثاني هو مانرجحه ، لان التجسس جريمة ولا علاقة لها بذمة الذمي ، والذمي قد صار من أهل دار الاسلام فتسرى عليه احكامها ومنها معاقبته بالعقوبة المقررة لجريمة التجسس .

---

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٨ — ٥٩ ، احكام القرآن لابن العربي المالكي جـ ٢ ص ٢٤٩ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ١١٩ ، ١٤٩ ، مختصر الفتاوي لابن تيمية ص ٥١٣ .

(٢) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٥ — ٢٢٦ ، الام للشافعي جـ ٤ ص ١٠٩ ، شرح الازهار جـ ٤ ص ٥٧١ ، المغني جـ ٨ ص ٥٢٥ ، مختصر الفتاوي لابن تيمية ص ٥١٣ .

(٣) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٥ — ٢٢٦ .

٢٠٦ ـ عقوبة الجاسوس الذمي :

اذا قلنا بعدم انتقاض عهد الذمي ، وهو ما رجحناه ، فانه يعاقب بالعقوبة الموجعة على حسب رأى الامام . وهذا ماذهب اليه الشافعي والزيدية والاباضية والحنفية ، الا ان ابا يوسف يرى قتله [١] . وما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء هو الصحيح . لان التجسس جريمة ليس لها عقوبة مقدرة فهي من جرائم التعزير ، فيفوض تقدير عقوبتها الى الامام حسب مايرى من المصلحة . وله ان يصل بالعقوبة الى القتل اذا رأى ضرورة لذلك لما روى عن سلمة بن الاكوع قال : « اتى النبى (ص) عين ــ جاسوس ــ وهو في سفر فجلس عند بعض اصحابه ثم انسل ، فقال النبي (ص) اطلبوه فاقتلوه . فسبقتهم اليه فقتلته فنفلني سلبه » . وعن فرات بن حيان : ان النبى (ص) أمر بقتله وكان ذميا . ففي هذا الحديث دلالة على جواز قتل الذمي الجاسوس [٢] .

٢٠٧ ـ ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، نص قانون العقوبات على جريمة التجسس وجعل عقوبتها الاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقتة حسب ظروف الجريمة وجسامتها [٣] .

وفي العراق نص القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ على عقوبة التجسس في المواد من ١٣ ــ ١٨ ، وجعل هذه العقوبة الاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقتة حسب ظروف الجريمة وجسامتها . كما نص في المادة (١٧) على معاقبة من يقوم بايواء الجاسوس ، فجعل عقوبته الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقتة اذا كان يعلم انه جاسوس .

---

(١) الخراج لابى يوسف ص ١٨٩ ــ ١٩٠ ، شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٤٧٣ ، شرح الازهار جـ ٤ ص ٥٧١ ، الام للشافعي جـ ٤ ص ١٠٩ .

(٢) نيل الاوطار جـ ٨ ص ٧ .

(٣) انظر الفقرتين ب ، جـ من المادة ٧٧ ، والمادة ٨٠ من قانون العقوبات المصري « العربي » رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته .

وهذه العقوبات لجريمة التجسس المنصوص عليها في العربية المتحدة وفي العراق تسري على الجميع ، مواطنين أو أجانب • وهي ، في نظرنا ، سائغة في الفقه الاسلامي لان عقوبة التجسس عقوبة تعزيرية متروكة لرأي الامام وتقديره •

المطلب الثاني

تجسس المستامن

٢٠٨ ـ هل ينتقض أمان المستامن بالتجسس ؟

صرح الشافعي والحنفية بعدم انتقاض امان المستأمن اذا ارتكب جريمة التجسس • وعلل الاحناف هذا الحكم بأن المسلم اذا تجسس لم يكن تجسسه ناقضا لايمانه ، فكذلك تجسس المستأمن لا يكون ناقضا لأمانه [١] •

وعند المالكية ينتقض أمان المستأمن بتجسسه ، لان الأمان لا يقتضي التجسس بل يقتضي الامتناع عنه ، فان فعله المستأمن انتقض أمانه [٢] • وعند الامام الاوزاعي ينبذ اليه على سواء ، أي يعلم بسحب الامان منه ويؤمر بمغادرة دار الاسلام [٣] • والظاهر ان مذهب الحنابلة انتقاض أمان المستأمن بالتجسس قياسا على ما قالوه في الذمي لان أمان المستأمن ليس باقوى من أمان الذمي •

٢٠٩ ـ عقوبة الجاسوس المستامن :

اذا قلنا بعدم انتقاض أمان المستأمن بالتجسس ، فعقوبته ، على

(١) الام للشافعي جـ ٤ ص ١٦٧ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦ •

(٢) شرح الخرشي جـ ٣ ص ١١٩ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٣ ص ١١٨ •

(٣) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٩

رأي أبي يوسف ، هي القتل . وقال غيره من أئمة الحنفية لا يقتل ولكن يوجع عقوبة على قدر ما يراه الامام الا اذا اعطى الامان بشرط عدم التجسس فخالف الشرط ففي هذه الحالة يجوز قتله [١] . وقال الشافعي يحبس عقوبة له وزجرا [٢] .

٢١٠ — ما عليه العمل الآن :

ما قلناه بالنسبة الى تجسس الذمي في العراق والعربية المتحدة يقال هنا بالنسبة الى تجسس المستأمن ، فيطبق عليه احكام القانون الجنائي في هاتين الدولتين المتعلقة بجريمة التجسس .

---

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٨٩ — ١٩٠ ، شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٦ — ٢٢٧ .

(٢) الام للشافعي جـ ٤ ص ١٦٧ : فقلت للشافعي ارايت الذي يكتب بعورة المسلمين من المستأمن والموادع ؟ قال الشافعي يعزر هؤلاء ويحبسون .

الفصل الثاني

جرائم الاعتداء على النفس

تمهيد :

٢١١ ـ جرائم الاعتداء على النفس هي التي يترتب عليها زهوق روح المجني عليه . وهي القتل بأنواعه ، أي القتل العمد وشبه العمد والخطأ [١]. والعقوبات المقررة شرعا لجريمة القتل هي : القصاص والدية ، والكفارة .

أولا ـ القصاص :

والمراد بالقصاص ، في جريمة القتل ، قتل الجاني . وهو في الشريعة الاسلامية حق لأولياء القتيل ، وهم جميع الورثة من ذوي الأنساب والاسباب عند أكثر أهل العلم[٢].

والأصل في وجوب القصاص قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... الآية » [٣] .

ولوجوب القصاص شروط ، منها : أن يكون القتل عمدا عدوانا ، لقول النبي (ص) : « العمد قود » . ولا خلاف في هذا الشرط بين أهل

---

(١) المغني جـ ٧ ص ٦٣٧ . والقتل ، عند الحنفية ، خمسة انواع ، ففي شرح الكنز للزيلعي ج٧ ص ٩٧:
« ثم القتل على خمسة اوجه : عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب ».

(٢) المغني ج٧ ص ٦٤٣ ، الكاساني ج٧ ص ٢٣٢ ـ ٢٤٣ ، الماوردي ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣ .

(٣) سورة البقرة ج٢ ، الآية ١٧٨ .

العلم[١]. وأن يكون القتيل معصوم الدم مطلقا ، أي غير مباح الدم[٢]. وأن يكون مكافئــا للقاتل ، بمعنى أن القاتل لا يزيد عليه بحريــة أو اسلام ، وهذا عند جمهور الفقهاء خلافا للاحناف[٣] .

ثانيا ـ الدية :

الدية ، في الشرع ، في باب القتل ، اسم للمال الذي هو بــدل النفس[٤]. ويختلف مقــدارها باختلاف المال الذي تجب فيه . فهي ، عند الأحناف ، اذا كان القتيل ذكرا حرا مسلما ، من الابل مائة . ومن الذهب ألف دينار . ومن الفضة عشرة آلاف درهم . ومن الحلل مائتا حلة ؛ كل حلة ثوبان : ازار ورداء . ومن البقر مائتا بقرة . ومن الغنم الفا شاة[٥]. ودية الأنثى على النصف من ديــة الذكر [٦]. وديــة

(١) المغني ج٧ ص ٦٤٧ ؛ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٢ . وحديث «العمــد قود » رواه ابو داود وغيره بلفظ «ومن قتل عمدا فهــو قــود » : سنن ابي داود ج٦ ص ٣٤٤ ، سنن النسائي ج٨ ص ٤٠ ؛ سنــن المصطفى لابن ماجة ج٢ ص ١٤٠ .

(٢) الهداية ج٨ ص ٢٥٤ ؛ الكاساني ج٧ ص ٢٣٦ ؛ كشاف القنــاع ج٣ ص ٣٤٦ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ .

(٣) كشاف القناع ج٣ ص ٣٤٧ ، المحرر في الفقه على مذهب احمــد بن حنبل ج٢ ص ١٢٥ ،الشرح الكبير للدردير وحاشيــة الدسوقــي ج ٣ ص ٣٤٦ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ . ج٧ ص ٢٣٧ ، المختصر النافع ص ٣٠٧ .

(٤) الدر المختار ورد المحتار ج٥ ص ٥٠٤ .

(٥) الكاساني جـ ٧ ص ٢٥٤ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٥٠٤ـ ٥٠٥ ، ويراجع في مقادير الدية ونوع المال الذي تجب فيه ، عند غــير الحنفية ، الام للشافعي جـ ٦ ص ١٠٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٣ وما بعدها ،المغني جـ ٧ ص ٧٥٩ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٠ ـ ١١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٤ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٣٠ ـ ٣٢، المحلى جـ ١٠ ص ٧٥٩ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ١٠١ ؛ الروض النضير جـ ٤ ص ٢٤٨ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٢٧١ وما بعدها.

(٦) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٦، الكاساني جـ ٧ ص ٢٥٤ ، المغني جـ ٧ ص ٧٩٧ ،شرح الخرشي جـ ٨ ص ٣٢ ، الام جـ ٦ ص ٩٢ ، المهذب جـ ٢ ص ٢١١.

الجنين عشر دية أمه[١].

وتجب الدية في القتل الخطأ وشبه العمد[٢] على عاقلة الجاني [٣] مؤجلة في ثلاث سنين [٤] ، ويؤدي كل رجل ، من العاقلة ، من الدية المقدار الذي يطيقه[٥]. وتجب الدية في القتل العمد أيضا اذا اختارها ولي الدم ، على رأي من يقول أنه مخير بين القصاص وبين الديـة ؛ وتكون في مال الجاني[٦].

ثالثا ـ الكفارة :

وهي عتق رقبة مؤمنة ، أو صيام شهريـن متتابعين عند عـدم القدرة على العتق . وتجب الكفارة في القتـل الخطأ بلا خلاف بـين العلماء ، وتجب في شـبه العمد عند الحنفيـة والشـافعية والحنابلة والشيعة الامامية . ولا تجب في القتل العمد عند الحنفية والظاهرية ، والحنابلة على المشهور في مذهبهم ، وقال الشافعية والزيدية بالوجوب[٧].

(١) الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٥١٦ ـ ٥١٧ ، المغني جـ ٧ ص ٨٠٠ .

(٢) المغني جـ ٧ ص ٧٦٦ وما بعدها ، الكاساني جـ ٧ ص ٢٥٥ .

(٣) العاقلة هي العصبة النسبية عند الشافعي والاباضية واكثر فقهاء الحجاز . وعند الحنابلة ، هي العصبة النسبية والسببية . وعند الحنفية ، عاقلة الرجل اهل ديوانه من المقاتلة فان لم يكن فقبيلته : بداية المجتهد جـ ٢ ص٣٤٥ ، مختصر المزني جـ ٥ ص ١٤١ ، شرح النيل ج ٨ ص ١١٣ ، المغني ج ٧ ص ٧٨٤ ـ ٧٨٥ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٦ ، الكاساني جـ ٧ ص ٢٥٦ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٥٦٢.

(٤) المغني جـ ٧ص ٧٦٦ ، الكاساني ج٧ ص ٢٥٦ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٥٥ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٤٦٨ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٥ ، المغني جـ ٧ ص ٧٨٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٥٨ ، وعند الحنفية لا يؤخذ من كل رجل من العاقلة اكثر من اربعة دراهم : الكاساني جـ ٧ ص ٢٥٦ .

(٦) المغني ج٧ ص ٧٥١ ، ٧٦٤ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٣٦ .

(٧) المغني ج ٧ ص ٦٥١ ، و ج ٨ ص ٩٦ ـ ٩٧ ، الدر المختـــار ج ٥ ص ٤٦٧ ـ ٤٦٨ ، الكاساني ج٧ ص ٢٥١ ، المحلى ج ١٠ ص ٥١٤ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٧ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢٢ ، الروضة البهيـــة في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ، كتـــاب القصـــاص .

٢١٢ ــ وتتكلم فيما يلي ، في أبحاث متتالية ، عن هذه العقوبات : القصاص ، الدية ، الكفارة ، بالنسبة الى الذميين والمستأمنين ، وبالنسبة الى المسلمين اذا ارتكبوا جرائم القتل ضد الذميين والمستأمنين • ثم نبين ما عليه العمل الآن في مبحث على حدة •

المبحث الأول

القصاص

المطلب الأول

في وجوب القصاص على الذمي

٢١٣ ــ اذا ارتكب الذمي جريمة القتل العمد ، فان المجني عليه قد يكون ذميا أو مسلما أو مستأمنا أو مرتدا أو حربيا • فهل يجب القصاص على الذمي في جميع هذه الحالات أم لا ؟ هذا ما تجيب عليه في الفقرات الآتية •

اولا ــ القتيل ذمي .

٢١٤ ــ في هذه الحالة يجب القصاص على الذمى القاتل ، وهذا ما صرح به الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية والاباضية والمالكية[1]• وانما وجب القصاص لأن الذمى محقون الدم على

(١) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ١٠٩ ، الام جـ ٦ ص ٤٠ ، المهذب جـ ٢ ص ١٨٥ ، الماوردي ص ٢٢٣ . المغني جـ ٧ ص ٦٥٧ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٧ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٥١ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٣٨٩ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٢٢٢ ، شرح النيل جـ ٨ ص ١٤٩ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ ــ ٦ ، المواق ج ٦ ص ٢٣٧ .

التأبيد ، كما يقول فقهاء الحنفية . او لأن الذمي المقتول معصوم الدم ومكافيء للقاتل ولا يزيد عليه القاتل بحرية أو اسلام ، كما يقول فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية[١].

وعند الشيعة الأمامية والزيدية يقتل الذمي بالذمية ويرد أولياؤها عليه فاضل ديته عن ديتها . وتقتل الذمية بالذمي وليس عليها ولا على أوليائها أي شيء آخر[٢]. ويبدو أن أساس هذا القول ما ذكره صاحب المغني عن علي بن أبي طالب ، انه قال : « يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية »[٣]. وجمهور الفقهاء لا يرون هذا الرأي ، فعندهم يقتل الذكر بالأنثى وليس عليها ولا على أوليائها شيء . وقول الجمهور هو الراجح . والحجة له من وجوه كثيرة ؛ منها : قوله تعالى « النفس بالنفس » ، وفي كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن الذي رواه أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم « ... وان الرجل يقتل بالمرأة » . كما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهوديا بجارية من الأنصار . ولأن الرجل والمرأة شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فيقتل كل واحد بالآخر ، واختلاف الدية لا عبرة به في القصاص بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد[٤]. ثم اذا كانت المرأة لا تكافي الرجل ولا يشملها قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » فكيف يصح قتل الرجل بها ثم يؤخذ

(١) الهداية جـ ٨ ص ٢٥٤ ؛ الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ . مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٦ ؛ كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٦ — ٣٤٧ ؛ شرح الخرشي جـ ٨ ص ٣ — ٤ .

(٢) سفينة النجاة ج ٢ ص ٨٤ ؛ المختصر النافع ص ٣١٠ ؛ شرح اللمعة جـ ٢ : « ويقتل الذمي بالذمي وان اختلفت ملتهما كاليهودي والنصراني ، وبالذمية مع الرد اي رد اوليائها عليه فاضل ديته عن دية الذمية وهو نصف ديته ، وبالعكس تقتل الذمية بالذمي وليس عليها غرم كالمسلمة اذا قتلت بالمسلم لان الجاني لا يجني على اكثر من نفسه» . شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٨٩ — ٣٩٠ .

(٣) المغني جـ ٧ ص ٦٧٩ .

(٤) المغني جـ ٧ ص ٦٧٩ .

نصف الدية من تركتها أو من أوليائها ، والعلماء أجمعوا على أن الدية لاتجتمع مع القصاص ، وان الدية اذا قبلت حرم الدم وارتفع القصاص ؟ وأيضا فان العلماء أجمعوا على أن الاشل اذا قتل رجلا سالم الاعضاء انه ليس لوليه أن يقتل الأشل ويأخذ منه نصف الدية بحجة أنه قتل سالم الاعضاء وهو أشل . فهذا كله يدل على أن النفس مكافئة للنفس بغض النظر عن الذكورة والأنوثة[١].

ثانيا — القتيل مسلم :

٢١٥ — يجب القصاص على الدمي اذا قتل مسلما عمدا عدوانا ، لأن المسلم معصوم الدم مطلقا ، ولأن الذمي اذا قتل بمثله فبمن يفضله بالأسلام أولى . وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل اليهودي الذي قتل جارية من الانصار . وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والحنفية والمالكية[٢]. وعند الظاهرية يقتل الذمي بالمسلم لنقضه العهد ومخالفته مقتضى عقد الذمة[٣]. وعند الشيعة الامامية يدفع الذمي هو وماله الى اولياء المسلم القتيل ولهم الخيار في قتله أو استرقاقه ، ولكن يسترق أولاده الصغار ، الا أنه اذا أسلم بعد جنايته فحاله حال المسلم يقتل ولا يسترق[٤].

(١) تفسير القرطبي جـ ٢ ص ٢٤٨ .

(٢) المغني جـ ٧ ص ٦٥٧ ، الام جـ ٦ ص ٣٣ ، المهذب جـ ٢ ص ١٨٥، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٦ ، فتح العزيز جـ ١٥ ص ٣٦ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢٢ ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ص ٣٥٣ ، شرح الخرشي جـ ٨ص ٣ — ٤ ، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٢٣٨ ، مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٢٣٦ ، الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ . وحديث قتل اليهودي اخرجه اصحاب الحديث : البخاري ج ١٠ ص ٤٥ ، مسلم جـ ٧ ص ١٨٠ ، أبو داود جـ ٦ ص ٣٢٦ ، الترمذي جـ ٦ ص ١٧٠ ، ابن ماجه جـ ٢ ص ١٤٧ .

(٣) المحلى جـ ١٠ ص ٣٥٣ : ويقتل الكافر بالمسلم لانه نقض الذمة وخالف العهد .

(٤) سفينة النجاة ج٢ ص ٨٤ : « ولو قتل الذمي مسلما عمدا دفع هو وماله الى أولياء المقتول ان شاؤا قتلوه وان شاؤا استرقوه ، ولكن يسترق أولاده الصغار . ولو اسلم بعد القتل فكالمسلم يقتل ولا

وقول الجمهور هو الراجح لما استدلوا به ، فيقتل الذمي بالمسلم . ولا ارى نقض عهده ولا استرقاقه ؛ لانه مواطن في دار الاسلام ، والاصل انه كالمسلم في العقوبات الا في حد شرب الخمر .

ثالثا — القتيل مرتد :

٢١٦ — لا قصاص على الذمي اذا قتل مرتدا ، لان المرتد مباح الدم فاشبه الحربي ، ولان من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمي . وهذا قول الحنابلة والحنفية والمالكية وأصح القولين عند الشافعية [١]. وذهب فقهاء الشيعة الامامية الى وجوب القصاص على الذمي بحجة ان المرتد يعتبر معصوم الدم بالنسبة الى الذمي [٢] .

ورأي الجمهور هو الراجح لما قالوه . ولكن أرى وجوب تعزير القاتل لتجاوزه على حق ولي الامر في معاقبة المرتد . ولكن لو نهى الامام المواطنين عن قتل المرتد [٣] فخالف الذمي هذا النهي وقتل مرتدا ؛ فاني أرى ، في هذه الحالة ، قتل الذمي به .

رابعا — القتيل مستامن :

٢١٧ — اذا كان القتيل مستأمنا ؛ فالقصاص يجب على الذمي القاتل لان المستأمن له عهد وأمان ويكافيء الذمي ، فلا يفضل عليه الذمي بحرية او اسلام . وهذا مذهب الشافعية والمالكية والزيدية

يسترق » . جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « ولو قتل الذمي مسلما عمدا دفع هو وماله الى اولياء المقتول وهم مخيرون بين قتله وبين استرقاقه » . المختصر النافع ص ٣١٠ .

(١) المغني جـ ٧ ص ٦٥٧ ، الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ ؛ الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٣٥٣ ؛ المهذب جـ ٢ص ١٨٥ — ١٨٦ ؛ متن المنهاج جـ ٤ص ١٦ — ١٧ .

(٢) شرح اللمعة في فقه الشيعة الامامية جـ٢ : ويقتل الذمي بالمرتد لانه محقون الدم بالنسبة اليه لبقاء علقة الاسلام .

(٣) لولى الامر ان ينهى عن بعض المباحات اذ رأى المصلحة في ذلك : انظر الاباحة عند الاصوليين والفقهاء لاستاذنا محمد سلام مدكور ؛ المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ؛ العدد الرابع ، السنة الحادية والثلاثون ، ص ٢٧٦ وما بعدها .

والحنابلة وهو مذهب الشيعة الامامية على ما يظهر [١] .

وعند الحنفية ، على ما جاء في ظاهر الرواية ، لا قصاص على القاتل الذمي . وحجتهم ان عصمة المستأمن ما ثبتت مطلقا بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام ، لان المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام لا بقصد الاقامة بل لحاجة يقضيها ثم يعود الى وطنه ، فكان في عصمته شبهة الاباحة . وروي عن ابي يوسف انه قال يقتل به قصاصا لقيام العصمة وقت القتل [٢] .

والذي نرجحه من مذهب الحنفية قول ابي يوسف الذى هو قول الجمهور ، لان المستأمن معصوم الدم وقت قتله كما قال ابو يوسف . وكون عصمته موقتة لا يضر ، فقد تصير عصمته دائمة اذا صار ذميا ، كما ان عصمة الذمي الدائمة قد تنقطع اذا نقض عهد الذمة . فالاولى ان ينظر الى عصمة القتيل وقت قتله ، فاذا كانت ثابتة وجب القصاص على الذمي القاتل . وايضا فان عدم ايجاب القصاص على الذمي قد يشجعه على ارتكاب هذه الجريمة وهذا يخالف مقتضى الامان الممنوح للمستأمنين ، لأن الامام ، كما يقول صاحب المغني ، عندما أعطاهم الامان فقد « آمنهم ممن هو في قبضته وتحت يده كما آمن من في قبضته منهم » [٣] . ولا شك ان تمام الحماية انما يكون في وجوب

(١) الام جـ ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٦ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٢٤١ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٣٥٣ — ٣٥٤ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٨ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٢٧٣ ، المحرر جـ ٢ ص ١٢٥ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « وعن أمير المؤمنين كان يقول يقتص اليهودي والنصراني والمجوسي بعضهم من بعض ويقتل بعضهم ببعض اذا قتلوا عمدا ، فما روى عن ابي حنيفةمن عدم قتل الذمي بالمستأمن واضح الضعف ومناف لادلة القصاص كقوله تعالى (النفس بالنفس) وغيره فلا فرق بين جميع الصور في ذلك » . شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٨٥ — ٣٨٩ ، فتح العزيز جـ ١٥ ص ١٨٤ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ ، شرح السير الكبير جـ ٤ ص ١٠٩ ، الهداية وشرح العناية جـ ٨ ص ٢٥٨ .

(٣) المغني جـ ٨ ص ٤٦٣ .

القصاص على قاتل المستأمن .

خامسا ـ القتيل حربي :

٢١٨ ـ ولا قصاص على الذمي اذا كان المقتول حربيا لا أمان له ، لانه لا عصمة له أصلا ، ومن شروط وجوب القصاص على القاتل ان يكون المقتول معصوما . وهذا قول الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية ، ولا خلاف فيه كما قال صاحب المغني [1] .

المطلب الثاني

في وجوب القصاص على المستأمن

٢١٩ ـ لا خلاف بين الفقهاء في وجوب القصاص على المستأمن اذا قتل عمدا عدوانا مسلما أو ذميا أو مستأمنا . لان كل واحد من هؤلاء القتلى معصوم الدم بايمان أو أمان ولا يزيد القاتل عليه بحرية أو اسلام فيقتص من قاتله المستأمن . ولان المستأمن ، كما يقول الاحناف ، التزم احكام الاسلام فيما يرجع الى حقوق العباد ، والقصاص من هذه الحقوق فيجب عليه [2] .

(١) المغني جـ ٧ ص ٦٥٧ : ولا يقتل ذمي بحربي ، لا نعلم فيه خلافا ، لانه مباح الدم على الاطلاق ، ولا دية فيه لذلك ولا كفارة . متن المنهاج جـ ٤ ص ١٤ ـ ١٥ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٥٤ ، الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) الهداية جـ ٤ ص ١٥٤ ـ ١٥٥ و جـ ٨ ص ٢٥٤ ، الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٥ ، و جـ ٤ ص ١٠٩ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٧٢ ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر جـ ٢ ص ٦١٩ . الام جـ ٦ ص ٣٧ : واذا قتل الكافر المؤمن قتل به ، ذميا كان القاتل او حربيا مستأمنا . والام ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، فتح العزيز جـ ١٥ ص ١٨٤ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٦ ، شرح منهج الطلاب جـ ٤ ص ١٣٧ : ويقتل ذو أمان بمسلم وبذي امان وان اختلفا دينا . كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٦ ـ ٣٤٨ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٣٧٣ : ويقتل مستأمن حر أو عبد بمثله للمساواة . اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٦ ـ ٥٧ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص٣٥٣ ، المواق ج ٦ ص ٢٣٧ . البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ ، باب القصاص .

٢٢٠ — ولم يصرح الفقهاء بحكم المستأمن اذا قتل عمدا عدوانا حربيا أو مرتدا . ومع هذا يمكن القول بعدم وجوب القصاص على المستأمن اذا قتل حربيا ، لان الحربي لا أمان له ، فهو مباح الدم . اما اذا قتل المستأمن مرتدا ، فالظاهر ان حكمه حكم الذمي اذا قتل مرتدا [1] ، لأن الفقهاء يقولون ان المستأمن بمنزلة الذمي ما دام في دار الاسلام [2] .

المطلب الثالث

في وجوب القصاص على المسلم

٢٢١ — اذا قتل المسلم ذميا أو مستأمنا قتلا عمدا عدوانا ، فقد اختلف الفقهاء في وجوب القصاص على المسلم القاتل . ويمكن رد أقوالهم في هذه المسألة الى أربعة أقوال ، نذكرها فيما يلي ثم نذكر أدلتهم وما قد يرد عليها من اعتراضات ، ثم نبين الرأي الراجح منها .

القول الاول : لا يقتل مسلم بكافر سواء أكان ذميا أم مستأمنا . وهذا قول الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية والظاهرية والزيدية والشيعة الامامية والاباضية [3] . الا أنه عند المالكية يقتل المسلم بالكافر في حالة خاصة ، وكذلك عند الشيعة الامامية يقتل المسلم بالذمي في حالة خاصة ، وسنذكر هاتين الحالتين .

القول الثاني : يقتل المسلم بالذمي . وهذا قول الحنفية .

---

(١) فقرة ٢١٦ ص ٢٥١ من هذه الرسالة .
(٢) شرح السير الكبير جـ ٢ ص ٢٢٦ ، الكاساني جـ ٥ ص ٨١ .
(٣) المغني جـ ٧ ص ٦٥٢ ، الام جـ ٧ ص ٢٩١ ، الحطاب جـ ٦ ص ٢٣٦ شرح الموطأ للزرقاني جـ ٤ ص ١٩٢ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٤٧ ، شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٨٨ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٢٠٨ ، المهذب جـ ٢ ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٦ ، شرح منهج الطلاب جـ ٤ ص ١٣٧ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٨٤ ، المختصر النافع ص ٣١٠ ، الخلاف للطوسي جـ ٣ ص ٨٨ .

الا أن أبا يوسف صاحب أبي‌حنيفة يرى أيضا قتل المسلم بالمستأمن [١].

القول الثالث: يقتل المسلم بالذمي اذا قتله غيلة . وهذا مذهب مالك والليث [٢] . والقتل في هذه الحالة لاجل الفساد لا القصاص لأنهم قالوا لو عفى ولي الدم عن القاتل لم يعتبر عفوه ويقتل القاتل [٣] . والظاهر ان قتل المسلم في هذه الحالة لا يختص بالذمي بل يشمل المستأمن أيضا ، لأنهم قالوا لا يقتل المسلم بالكافر الا أن يقتله المسلم قتل غيلة [٤] . وكلمة كافر تصدق على الذمي والمستأمن ، ولا تشمل الكافر الحربي الذى لا أمان له لانه مباح الدم ولا عصمة له أصلا كما هو معروف .

القول الرابع: يقتل المسلم بالذمي اذا اعتاد المسلم قتل أهل الذمة بعد رد فاضل ديته عن دية الذمي ، وهذا قول الشيعة الامامية . ولكنهم اختلفوا في صفة قتله ، فمنهم من قال يقتل حدا لفساده ، ومنهم من قال يقتل قصاصا [٥] .

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٧ ، الهداية جـ ٨ ص ٢٥٥ ، الدر المختار جـ ٥ ص ٤٧١ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٦ ص ١٠٣.

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٤ ، وقتل الغيلة هو القتل لأجل اخذ المال كما جاء في شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ ، أو انه القتل خديعة بأن يأخذه ويذهب به الى موضع فيقتله ، كما جاء في شرح الموطأ للزرقاني جـ ٤ ص ١٩٢ .

(٣) شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ ، شرح الموطأ للزرقاني ج ٤ ص ١٩٢ .

(٤) شرح الموطأ للزرقاني جـ ٤ ص ١٩٢ .

(٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج٢ من كتاب القصاص : فلا يقتل مسلم بكافر حربيا كان الكافر او ذميا ، ومعاهدا كان الحربي ام لا . ويعزر القاتل بقتل الذمي والمعاهد لتحريم قتلهما ، ويغرم دية الذمي . ولكن اذا اعتاد قتل أهل الذمة اقتص منه ، والمرجع في الاعتياد الى العرف . ثم اختلف القائلون بقتله ، فمنهم من جعله قودا ومنهم من جعله حدا لفساده . والمختصر النافع ص ٣١٠ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٨٤ .

اولا ــ ادلة الجمهور على عدم قتل المسلم بالكافر ومناقشتها :

٢٢٢ ــ استدل الجمهور على عدم قتل المسلم بالكافر بجملة أدلة ، منها :

أ ــ جاء في احاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ان المسلم لا يقتل بغير المسلم . فمن هذه الاحاديث : « .. وأن لا يقتل مسلم بكافر » (١) . « .. ألا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده » (٢) . « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » (٣) . فالحديث الاول دل بصراحة على ان المسلم لا يقتل بالكافر سواء كان ذميا أو غيره ، لان كلمة كافر تصدق على من له عهد وعلى من ليس له عهد من غير المسلمين . والحديث الاخر « لا يقتل مسلم بكافر ولا دو عهد في عهده » دل على هذا المعنى أيضا ، لأن عبارة « لا يقتل مسلم بكافر » كلام تام بنفسه ، كما قال الامام الشافعي ، وعبارة « ولا ذو عهد في عهده » نهت عن قتل المعاهد ما دام في عهده ، وانما ذكر هذا النهي للتأكيد على تحريم دم المعاهد لئلا يتجرأ المسلم على قتله اذا علم ان لا قصاص عليه بقتله (٤) .

ب ــ اجمع العلماء على ان المسلم لا يقتل بالحربي المستأمن فلا يقتل بالذمي أيضا (٥) .

ج ــ في عصمة الذمي شبهة الاباحة لوجود المبيح لقتله وهو كفره ، الا انه منع من قتله وجود عقد الذمة . فمع قيام هذه الشبهة

---

(١) شرح البخاري للقسطلاني جـ ١٠ ص ٧٢ . ابن ماجه جـ ٢ ص ١٤٥ . الترمذي ج ٦ ص ١٨٠ . النسائي ج ٨ ص ٢٤ . ابو داود ج ٦ ص ٣٣٠ ؛ مسند احمد بن حنبل ج١ ص ٧٩ ؛ الدارمي ج٢ ص ١٩٠ . الطيالسي جـ ١ ص ٢٩٣ .

(٢) أبو داود جـ ٦ ص ٣٢٨ ؛ النسائي جـ ٨ ص ٢٤ . مسند أحمد جـ ١ ص ١١٩ .

(٣) مسند أحمد ج٢ ص ١٩١ ــ ١٩٢ .

(٤) نيل الاوطار جـ ٧ ص ١٠ ــ ١١ ؛ شرح سنن ابي داود للخطابي جـ ٤ ص ٦٠ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ص ٣٣٤ .

لا يقتل المسلم به (١) .

د - من شروط القصاص المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والكافر ، لان المسلم مشهود له بالجنة ، والكافر مشهود له بالنار فلا يستويان ، قال تعالى : «لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة» (٢).

هـ - قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » يمنع كون دم الكافر مكافئا لدم المسلم ؛ فلا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر (٣) .

٢٢٣ - مناقشة ادلة الجمهور :

اولا - قال الاحناف ان المراد بالكافر في حديث « لا يقتل مسلم بكافر » هو الكافر الحربي ، ويؤيد قولهم الحديث الآخر وهو « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » . لان لفظ « ذو عهد » وهو الذمي ، معطوف على المسلم ، فيكون تقدير الحديث الشريف : لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر . والكافر هنا هو الكافر الحربي لان الذمي يقتل بالذمي ، فعلم ان المراد به هو الكافر الحربي اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي . ولا يصح حمل الحديث على عدم قتل المسلم بالكافر ولو كان ذميا ، لانه لو كان هذا هو المراد لكان ينبغي ان يكون الحديث : « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذي عهد في عهده » (٤) . واما القول بأن جملة « لا يقتل مسلم بكافر » كلام تام

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٠٣ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، نيل الاوطار ج ٧ ص ١٢ . وآية « لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة » في سورة الحشر ج ٢٨ ، الآية ٢٠ .

(٣) الجصاص ج ١ ص ١٤٣ .

شرح معاني الاثار للطحاوي ج ٢ ص ١١٠ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ ، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق للعيني ج ٢ ص ٣٠١ . ويلاحظ هنا ان تأويل الحنفية للكافر الوارد في الحديث بأنه الكافر الحربي ، يشمل المستأمن ايضا لانه حربي حكما ، وبهذا صرح الكاساني : الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ .

بنفسه فيفيد عدم قتل المسلم بالكافر ، أي كافر كان ، وان جملة « ولا ذو عهد في عهده » تفيد عدم حل قتل ذي العهد ما دام في عهده ، فالجواب : ان المعنى يأبى ذلك ، لان المراد بسوق الجملة الاولى هو نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل ، فيجب ان يقدر هذا المعنى في الجملة الثانية أيضا تحقيقا للعطف ، فيكون المعنى : لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربي • وأيضا فلو حملنا جملة « ولا ذو عهد في عهده » على المعنى الذي قالوه لأخلينا هذه الجملة من الفائدة ، لان عدم جواز قتل المعاهد ، ما دام في عهده ، أمر معلوم فلابد ، اذن ، من حمل هذه الجملة على المعنى الذي قلناه لا على المعنى الذي قالوه لئلا يخلو كلام رسول الله (ص) من الفائدة [1] •

ثانيا — واما قولهم ان الاجماع حاصل على عدم قتل المسلم بالمستأمن ، فيجب ، لهذا ، ان لا يقتل بالذمي أيضا ، فالجواب : ان ما ذكروه من الاجماع ليس كما قالوا ، فقد روي عن ابي يوسف قتل المسلم بالمستأمن • هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ان الحنفية ذهبوا الى عدم قتل المسلم بالمستأمن مع قولهم بقتله بالذمي ، لان المستأمن عندهم ، لا يشبه الذمي ، فلا يصح قياس الذمي على المستأمن في عدم قتل المسلم به • ووجه الاختلاف بينهما ، على رأي الحنفية ، هو ان الذمي صار ، بعقد الذمة ، معصوم الدم عصمة مؤبدة ، فصار دمه لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة ، بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام • اما المستأمن فان عصمة دمه موقتة ، اذ هو مباح الدم اباحة مؤجلة الى ان يرجع الى وطنه ، فكان في عصمته شبهة الاباحة ، ولهذا قال الاحناف لا يقتل المسلم به ، عدا ما روي عن ابي يوسف ان المسلم يقتل به [2] •

---

(١) الجصاص ج ١ ص ١٤٢ — ١٤٣ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ .
(٢) الجصاص ج ١ ص ١٤٢ ، ١٤٣ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ .

ثالثا — واما القــول بوجود الشبهة في عصمة دم الذمــي لوجود المبيح لقتله وهــو الكفر ، فليس الامر كما قالوا ، لان المبيح للقتل هو الكفر الباعث علــى الحراب ، أي كفر المحارب لا كفر المسالم ، ولهذا لا يقتل من الكفار من لا يقاتل كالشيخ الفاني والصغار . وكفر الذمي ليس بباعث على الحراب لدخوله في الذمة فلا يكون كفره مبيحا لقتله ، فلا شبهة في عصمته . يؤيده ما روي عــن علي بن ابى طالب انه قال : انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا [1].

رابعا — أما الاحتجــاج بعــدم المســاواة بــين المســلم والذمــي لاختلافهما في الدين ، فهــذا لا يضر في القصاص لان المساواة في الدين ليست بشرط في وجــوب القصاص ، ألا يرى أن الذمي اذا قتل ذميــا ثم أسلم القاتل انه يقتــل به قصاصا ولا مساواة بينهما في الدين [2] . فالمساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص ، بل تعتبر المساواة في العصمة حســما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنــى الزجر . ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولما جرى بين الذكر والانثى ولا بــين الصحيح والسقيم . وحيث أن عصمة الذمي ثابتة على وجــه التأبيد كالمسلم ، فالقصاص يجري بينهما . ونقصان حال الكافر بكفره لا يزيــل عصمته فلا عبرة به ، كســائر الاوصاف الناقصة كالجهــل والفسق وكذا الانوثة . واحتجاجهم بقوله تعالى « لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة » لا حجة لهم فيــه ، لان عدم استوائهما انما هو في الفــوز في الآخرة ، يدل عليــه قوله تعــالى « أصحاب الجنــة هم الفائزون » ، ولا يلزم منه عدم الاستواء في عصمة الدم لأن هذا الكلام

---

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٦١٩ ، شرح كنز الدقائق للافغــاني ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ — ٢٣٨ ، ويلاحظ ان هذا الرد لا يتوجــه على الظاهرية لأن عندهم اذا قتل الذمي ذميا واسـلم القاتل فلا قصاص عليه : المحلي ج ١٠ ص ٣٥٧ .

لا عمـوم له ، كقوله تعالى « لا يستوي الاعمى والبصير » يدل علـى ان المنفي هو الاستواء في العمى والبصر لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة [١] .

خامسا ـ وأما استدلالهم بحديث « المسـلمون تتكافأ دماؤهـم » على عدم تكافؤ دم الكافر ودم المسلم فلا يجب القصاص على المسلم ، فالجواب : أن الحديث الشريف دلّ على تكافؤ دماء المسلمين دون فرق بين شريف ووضيع ، وحر وعبـد ، وصحيح وسـقيم ، وذكر وانثى ، وليس فيه دلالة على نفي التكافؤ بينهم وبين غيرهم من أهل الذمة ، يدل على ذلك ان الحديث الشريف لم يمنع تكافؤ دماء الكفار ولهذا يقتص مـن بعضهم لبعض اذا كانوا ذمة لنـا ، فكذلك لا يمنع تكافؤ دمـاء المسلمين والذميين [٢] .

ثانيا ـ ادلة الحنفية على قتل المسلم بالذمي ومناقشتها :

٢٢٤ ـ استدل الاحناف على قتل المسلم بالذمي بأدلة منها : ـ

أولا ـ عمـوم آيات القصاص مثـل قوله تعالى « يا أيها الذيـن آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى » . وقوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » وقوله تعالى « ومن قتـل مظلوما فقد جعلنـا لوليه سلطانا » من غير فصل بين قتيل وقتيل ، ونفس ونفس ، ومظلوم ومظلـوم [٣] .

ثانيا ـ روى عـن أبـي هريرة أن رسـول الله صلـى الله عليـه

---

١) الزيلعي ج ٦ ص ١٠٥ ، مجمع الانهر ج ٢ ص ٦١٩ ، شـرح كنز الدقائق للافغاني ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٢) الجصاص ج ١ ص ١٤٣ ـ ١٤٤ .

(٣) االجصاص ج ١ ص ١٣٣ ـ ١٣٤ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١ ، وكلمة (سـلطانا) الواردة في الآية تعني القود : الجصاص ج ١ ص ١٣٤ . والآية الاولى وردت في سورة البقرة ج ٢ ، الآية ١٧٨ . والآية الثانية وردت في سـورة المائدة ج ٦ ، الآية ٤٥ ، والآية الثالثـة في سـورة الاسـراء ج ١٥ ، الآية ٣٣ .

وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : « ألا ومن قتل قتيلا فوليه بخير النظرين بين أن يقتص أو يأخذ الديه » . كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال « العمد قود » . وقوله « ص » : لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : زنى بعد احصان ، وكفر بعد ايمان ، وقتل نفس بغير نفس » . فهذه الاحاديث الشريفة ونحوها يقتضي عمومها قتل المسلم بالذمي [1].

ثالثا — روى ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني ، انّ النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلما بذمي وقال : أنا أحق من وفى بذمته [2].

رابعا — وعن علي بن ابي طالب انه أمر بقتل مسلم بذمي ، ولكن أولياء الذمي المقتول عفوا عن القصاص وأخذوا الدية ، فقال علي رضي الله عنه لمن حوله : « اعطيناهم الذي اعطيناهم لتكون دماؤهم كدمائنا ودياتهم كدياتنا » . وعمر بن عبد العزيز الخليفة الاموي العادل ، أمر أن يقتل مسلم بيهودي فقتل [3].

خامسا — أجمع العلماء على ان المسلم تقطع يده اذا سرق من الذمي ، فوجب ان يقتل به أيضا ، لان حرمة دمه أعظم من حرمة ماله [4] .

---

(١) الجصاص جـ ١ ص ١٤١ . والحديث الأول رواه الجماعة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، اما أن يفتدى واما أن يقتل » : نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦ — ٧ . والحديث الثاني مرّ تخريجه . والحديث الثالث رواه الجماعة عن ابن مسعود بلفظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » : نيل الأوطار جـ ٧ ص ٥ .

(٢) الجصاص ج ١ ص ١٤١ ، شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٢ ص ١١١ .

(٣) الجصاص جـ ١ ص ١٤١ — ١٤٢ .

(٤) شرح معاني الاثار للطحاوي جـ ٢ ص ١١١ ، الجصاص جـ ١ ص ١٤٤ ، الزيلعي جـ ٦ ص ١٠٤ .

سادسا — لما كان المعنى في ايجاب القصاص هو ما اراده الله تعالى من بقاء حياة الناس بقوله عز وجل « ولكم في القصاص حياة » ، وكان هذا المعنى موجودا في الذمي ، لان الله تعالى اراد بقاءه حين حقن دمه بالذمة ، وجب ان يكون ذلك موجبا للقصاص بينه وبين المسلم كما يوجبه في قتل بعضهم بعضا [١].

سابعا — ولا يقتل المسلم بالمستأمن ، في ظاهر الرواية عند الحنفية ، وحجتهم هي عدم المساواة بينهما في العصمة ، لان المسلم محقون الدم على التأبيد ، والمستأمن بخلاف ذلك لان عصمة دمه موقتة [٢] وروي عن أبي يوسف قتل المسلم بالمستأمن ، وحجته هي ان عصمة المستأمن ثابتة وقت القتل ، وهذا يكفي لثبوت المساواة بينهما في العصمة فيجب القصاص على القاتل المسلم [٣].

٢٢٥ — مناقشة ادلة الحنفية :

يمكن ان ترد على ادلة الحنفية جملة اعتراضات ، نوجزها فيما يلي : —

١ — ما احتج به الحنفية من عمومات الكتاب والسنة مخصوص بحديث « لا يقتل مسلم بكافر » وبالاحاديث الاخرى المانعة من قتل المسلم بغيره [٤]. ولكن يمكن ان يردّ على هذا الاعتراض ، بأن الحنفية لا يرون تخصيص القرآن بخبر الآحاد ، لان عام القرآن قطعي الثبوت والدلالة ، وخبر الاحاد ان كان قطعي الدلالة فهو ظني الثبوت فلا يقوى على تخصيص عام القرآن [٥].

(١) الجصاص جـ ١ ص ١٤٣ .
(٢) المبسوط جـ ١٠ ص ٩٥ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٧ و جـ ٤ ص ١٠٩ ، الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ ، شرح العناية على الهداية جـ ٨ ص ٢٥٧ ، الزيلعي جـ ٦ ص ١٠٥ ، مجمع الانهر جـ ٢ ص ٦١٩ .
(٣) الكاساني جـ ٧ ص ٢٣٦ .
(٤) نيل الاوطار جـ ٧ ص ١١ ، المغني جـ ٧ ص ٦٥٢ — ٦٥٣ .
(٥) ارشاد الفحول للشوكاني ص ١٣٩ .

ب — ان الآيــة الكريمة « يا أيهــا الذيــن آمنوا كتب عليكــم القصاص في القتلى » خاصة بالمؤمنين ، يدل على ذلك أول الآية ، اذ ان الخطاب فيها موجه اليهم ، كما يدل على ذلك قوله تعالى في سياق الآية ، : « فمن عفي له من أخيه شيء » والكافر لا يكون أخا للمسلم ؛ لان الاخوة انما هي بين المؤمنــين ، قال تعالى : « انما المؤمنـــون اخــوة » [1].

ولكن الحنفية ردوا على هذا الاعتراض بأن القصاص لا يكون مكتوبا على المؤمنين الا وهم قاتلون ، سواء كان المقتول مسلما أو ذميا ، لعموم لفظ « القتلى » . وليس توجيه الخطاب الى المؤمنــين بايجاب القصاص عليهم في القتلى بموجب ان يكون القتلى مؤمنين ، لان الواجب اتباع عموم اللفظ مالم تقم دلالة الخصوص ، وليس في الآية ما يدل على الخصوص . وقوله تعالى : « فمن عفي له من أخيــه شيء فاتباع بالمعروف » ، ليس فيه دلالة على تخصيص حكم القصاص في بعض القتلى دون بعض ، لان لفظ القتلى في أول الخطاب شــمل الجميع ، فما عطف عليه بلفظ الخصوص لا يوجب تخصيص عمــوم اللفظ ، كمــا في قوله تعــالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثــة قروء » عام في المطلقة ثلاثــا وما دونهــا ، ثم عطف عليــه قوله تعــالى « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك » وهذا حكم خاص في المطلق لمــا دون الثلاث ، ولم يوجب ذلك تخصيص عموم اللفظ في ايجاب ثلاثــة قروء في العدة على جميعهن [2].

جـ — ان آية « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » اخبار عن شريعة من قبلنا فلا تلزمنا ، ولو صح أننا ملزمون بها فان في آخر الآية ما يدل على أنها خاصة بالمؤمنين ، لأن الله تعالى قال في آخرها : « فمن تصدق به فهــو كفارة له » ، ولا خلاف في أن صدقــة الكافر على ولي

---

(١) احكام القرآن للشافعي جـ ١ ص ٢٧٣ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥٣ .
(٢) الجصاص جـ١ ص ١٣٣ — ١٣٤ .

الكافر الذمي المقتول عمدا لا تكون كفارة له ، فبطل تعلقهم بهـــذه الآيــة [١].

وقد رد الحنفية على هذا الاعتراض بان شريعة من قبلنا من الانبياء شريعة لنا مالم ينسخها الله تعالى على لســـان رسوله عليه الصلاة والسلام ، قال تعالى « اولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ». ويدل على أن ما في هذه الآية : « النفس بالنفس ... الخ » هو شريعة لنا ، ما روى ان الربيّع بنت النضر لطمت جارية فكسرت ثنيتها فعرض أهل الربيع الارش فلم يرض به أهــل الجارية ، وأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص ، فجاء أخو الربيع ، أنس بن النضر ، فقال : يارسول الله تكسر سن الربيع ؟ لا ، والذي بعثك بالحق ، فقال صلى الله عليه وسلم : يا أنس كتاب الله القصاص . فعفا القوم ، فقال عليــه الصلاة والسلام ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره . فأخبر عليه الصلاة والسلام أن الذي في كتاب الله هو القصاص ، وليس في كتاب الله « السن بالسن » الا في هـــذه الآية ، فأخبر عليه الصلاة والســـلام عن موجب حكم الآيــة علينا ، ولو لم تلزمنا شريعة من قبلنا من الانبياء بنفـس ورودهـــا لكـــان قولـــه عليـــه الصـــلاة والســـلام كافيا في بيان موجب حكم هذه الآية وانها اقتضت من حكمها علينـــا مثـــل ما كان على بني اسرائيل [٢]. ومما يؤيد ان حكم الآية يلزمنا ، كما قال الاحناف ، ما قاله الشافعي : « ولا أعلم خلافا في ان القصاص في هذه الامة كما حكى الله عز وجل أنه حكم به على أهل التوراة » [٣].

واما قولهم ان الاية خاصة بالمؤمنين بحجة قوله تعالى : « فمن تصدق به فهو كفارة له » ، فقد اجاب الحنفية على هذا بنحو ما قالوه في الرد على قول الجمهور ان آية « كتب عليكم القصاص في القتلى » خاصـــة بالمؤمنين بحجة أن فيهـــا « فمن عفي له من أخيه شيء فاتبـــاع

(١) المحلى جـ١٠ ص ٣٥١ .
(٢) الجصاص جـ١ ص ١٣٩ ، ١٤٠ .
(٣) أحكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨١ .

بالمعروف وأداء اليه باحسان » ، وقد مرّ هذا الرد [١].

د — احتجاج الحنفية بقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا » يعترض عليه ، بأن هذا السلطان « القود » يكون لولي المقتول اذا كان دمه مكافئا لدم القاتل ، أما اذا كان القاتل مسلما والمقتول كافرا فلا يكون لوليه القود ، لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل مسلم بكافر [٢]. ولكن الحنفية يردون على هذا الاعتراض بأن الآية الكريمة تشمل كل من قتل ظلما ، مسلما كان او ذميا ، فيكون لوليه الاقتصاص من قاتله ، فليست الآية خاصة بالقتيل المسلم [٣].

هـ — وأما احتجاج الحنفية بأن المسلم يقطع بسرقة مال الذمي فينبغي أن يقتل به أيضا بحجة أن حرمة الدم أعظم من حرمة المال ، فقد رد عليه بأن القطع في السرقة حق الله عز وجل ، أمر به ، شاء المسروق منه أو أبى، فجاز أن يجب هذا الحق في سرقة مال الذمي ولا يكون للذمي سبيل فيه على المسلم . اما القصاص فهو من حق العباد ، ولهم العفو عنه ، فلا يجوز ان يكون لكافر على مسلم لئلا يكون له سبيل على المسلم [٤].

و — أما حديث البيلماني ، فقد روى مسندا ومرسلا ، والمسند أخرجه الدار قطني في سننه عن عمار بن مطر عن ابراهيم بن محمد الاسلمى عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وقال : أنا أكرم من وفّى بذمته. وقدقال الدار قطني فيه : لم يسنده غير ابراهيم وهو متروك الحديث، والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني، وهو مرسل.

(١) ص ٢٦٣ من هذه الرسالة .
(٢) أحكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨١ .
(٣) الجصاص جـ١ ص ١٤١ .
(٤) المحلى جـ١٠ ص ٢٥٦ .

وابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حجة اذا وصل الحديث ، فكيف بما يرسله ؟ [١].

ز — واما الاثر المروي عن علي بن أبي طالب ، وفيه انه أمر بقتل مسلم بذمي ... الخ ، فهذا مع كونه قول صحابي فان في اسناده أبا الجنوب الأسدي ، وهو ضعيف كما قال الدار قطني . كما ان عليا رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يقتل مسلم بكافر » والحجة في روايته لا بفعله [٢].

ح — وأما الاثر المروي عن عمر بن عبد العزيز ، وفيه انه قتل مسلما بذمي ، فصحيح كما قال ابن حزم . الا أنه روي عنه أيضا أنه كتب الى قاضيه في اليمن أن لا يقتص من مسلم قتل ذميا وانما يغرمه الدية [٣].

ثالثا — ادلة قول الامام مالك على قتل المسلم بالذمي اذا قتله غيلة ومناقشتها :

٢٢٦ — ذكر العلماء بعض الآثار التي تدل على قتل المسلم بالذمي اذا قتله غيلة ، ونذكر فيما يلي هذه الاثار وما يرد عليها من اعتراضات :

اولا — روي أن عبد الله بن عامر كتب الى عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رجلا من المسلمين قتل ذميا على ماله ، فكتب اليه عثمان ان اقتله به فان هذا قتل غيلة . ولكن يرد على هذا الاحتجاج بان هذا الخبر لا يصح كما قال الامام ابن حزم . فقد قال بعد أن روى الخبر المذكور : « ورويناه أيضا عن ابان بن عثمان وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ورجال كثير من أبناء الصحابة ، أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الا أن كل ذلك من رواية عبد الملك بن حبيب الاندلسي ، وفي بعضها ابن أبي الزناد وهو ضعيف ، وبعضها مرسل .

(١) نصب الراية ج٤ ص ٣٣٥ .
(٢) نيل الاوطار ج٧ ص ١١ — ١٢ .
(٣) المحلى ج١٠ ص ٣٤٨ .

ولا يصح منها شيء » (١) .

ثانيا — روى البيهقي ان مسلما قتل معاهدا في زمن عمر بن الخطاب ، فقال عمر رضي الله عنه : ان كان في غضب فعلى القاتل أربعة آلاف درهم ، وان كان القاتل لصا عاديا فانه يقتل . وقد رد على هذا الاستدلال بأنه : أولا — قول صحابي ولا حجة فيه (٢). وثانيا — انه أوجب القصاص في حالة كون القاتل لصا عاديا وأسقط القصاص في حالة الغضب ، والغضب غير مسقط للقصاص لو كان الواجب قتل المسلم بالذمي . وثالثا — أن الآثار المروية عن عمر بن الخطاب في قتل المسلم بالمعاهد لا يعمل بحرف منها ، كما قال الشافعي ، لأن جميعها منقطعات أو ضعاف أو تجمع الانقطاع والضعف ، وبمثل قول الشافعي قال ابن حزم (٣).

ثالثا — اخرج أبو داود في مراسيله عن ابن وهب عن عبد الله بن يعقوب عن عبد الله بن عبد العزيز بن صالح الحضرمي ، قال : قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين مسلما بكافر ، قتله غيلة ، وقال : أنا أولى أو أحق من أوفى بذمته . ولكن هذا الحديث لايصح فقد قال ابن القطان : عبد الله بن يعقوب وعبد الله بن عبد العزيز مجهولان ولم أجد لهما ذكرا (٤).

---

(١) المحلى جـ١٠ ص ٣٤٩ .

(٢) قول الصحابى ليس بحجة على صحابى اخر . اما بالنسبة لمن جاء بعدهم ، ففيه تفصيل : فان كان في أمر لا يدرك بالعقل ولا مجال للراي فيه كان حجة من غير خلاف ، لأنه لابد ان يكون الصحابى قد سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم . أما اذا كان قولا صادرا عن رأيه واجتهاده فيما يدرك بالعقل والاجتهاد وكان موضع خلاف من الصحابة فهذا محل خلاف بين الفقهاء . فالجمهور من أهل السنة انه حجة ، والشيعة وبعض فقهاء اهل السنة انه غير حجة : تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٤١ .

(٣) نيل الاوطار ج ٧ ص ١٢ ، المحلي ج ١٠ ص ٣٤٨ .

(٤) نصب الراية جـ٤ ص ٣٣٦ .

رابعا ـ ادلة الشيعة الامامية على قتل المسلم بالذمي اذا اعتاد قتل الذميين :

٢٢٧ ـ قال بعض الشيعة الامامية اذا اعتاد المسلم قتل اهل الذمة فانه يقتل قصاصا ، وقال البعض الآخر منهم يقتل حداً . ولكن لم أقف على ما استدلوا به . وقد ذكر الامام ابن حزم أثرا عن عمر بن الخطاب ، يحتمل ان يكون عند الشيعة مثله عن أئمتهم . وقد جاء في هذا الاثر ان عمر بن الخطاب قال ، في المسلم يقتل ذميا ، : ان كان ذلك منه خلقا وعادة أو كان لصا عاديا فاقده به ، وروي فاضرب عنقه ، وان كان ذلك في غضبة فأغرمه الدية . ولكن قال ابن حزم عن هذا الاثر انه لا يصح [1].

وعلى أي حال ، فالقول بأن المسلم يقتل بالذمي قصاصا ، اذا اعتاد قتل أهل الذمة ، يعترض عليه بان القصاص اذا كان واجبا على المسلم اذا قتل ذميا ، فان هذا القصاص ينبغي ان لا يتوقف على الاعتياد ، لانه ليس من شروط وجوب القصاص اعتياد القاتل ارتكاب جريمة القتل .

خامسا ـ القول الراجح

٢٢٨ ـ القول الراجح في مسالة قتل المسلم بالذمي :

ذكرنا أقوال الفقهاء وادلتهم في مسألة قتل المسلم بالذمي . والذي نرجحه من هذه الاقوال هو قول الحنفية ، فيقتل المسلم بالذمي قصاصا ، نظرا للادلة التي احتجوا بها وان لم يسلم بعضها من الضعف . اما أدلة الجمهور فأقواها الحديث الشريف « لا يقتل مسلم بكافر » وقد ذكرنا قول الحنفية فيه . ونضيف هنا ان الشافعي قال فيه ان النبي «ص» قاله في يوم فتح مكة بسبب القتيل الذي قتله الخزاعي وكان له عهد ، فقد خطب النبي «ص» وقال : « لو قتلت مسلما بكافر لقتلته به » . ثم قال عليه الصلاة والسلام : « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » .

(١) المحلى جـ١٠ ص ٣٤٨ .

فاشار النبي عليه الصلاة والسلام بقوله : « لا يقتل مسلم بكافر » الى عدم الاقتصاص من الخزاعي القاتل بالمعاهد الذي قتله [١] . والمعاهد هنا هو الكافر المستأمن لان عقد الذمة لم يشرع الا بعد فتح مكة ، وانما . الذي كان قبل ذلك بين النبي (ص) وبين المشركين عهود الى مدد لا على انهم داخلون في الذمة . فكان قوله عليه الصلاة والسلام ، يوم فتح مكة ، « لا يقتل مسلم بكافر » منصرفا الى المستأمنين لا الى الذميين لانه لم يكن في ذلك الوقت ذمي ينصرف اليه الكلام [٢] .

٢٢٩ — القول الراجح في مسالة قتل المسلم بالمستامن :

اما قتل المسلم بالمستأمن فقد قال به أبو يوسف ، مخالفا أئمة الحنفية الآخرين ، وحجته ان عصمة المستأمن ثابتة وقت القتل ، وهذا يكفي لوجوب القصاص على قاتله حتى لو كان مسلما . وحجة أئمة الحنفية الآخرين ، وهم في هذه المسألة مع الجمهور ، هي ان المستأمن غير محقون الدم على التأبيد ، وانما عصمته موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام ، فلا مساواة بينه وبين المسلم في صفة حقن الدم فلا يجب القصاص [٣] .

والحق ان حجة ابى يوسف قوية جديرة بالنظر والتامل ، لاسيما على مقتضى مذهب الاحناف ، وكان ينبغي أن يكون قوله هذا هو قولهم جميعا ، لأنهم لم يأخذوا بشرط المساواة في الدين لوجوب القصاص ، وانما اشترطوا المساواة في العصمة . والعصمة ينبغي ان ينظر اليها عند وقوع الجريمة ، فما دام المقتول وقت قتله معصوم الدم ، فهذا يكفي لتحقيق المساواة بينه وبين القاتل في العصمة . اذ لا يلزم لتحقق هذه المساواة النظر الى ما قد عسى ان يكون عليه حال القتيل في المستقبل من جهة بقاء عصمته أو وزالها . فالذمي قد تزول عنه عصمته في

(١) نيل الاوطار جـ٧ ص ١٠ — ١١ .
(٢) الجصاص جـ١ ص ١٤٢ .
(٣) المبسوط جـ١٠ ص ٩٥ ، الزيلعي جـ٦ ص ١٠٥ .

المستقبل ويصير مباح الدم بنقضه عهد الذمة ، بل والمسلم نفسه قد تزول عصمته بأن يرتد ، ومع هذا الاحتمال فان قاتل الذمي او المسلم يقتل بلا خلاف عند الحنفية ، وبغض النظر عن هذه الاحتمالات . فاذا كان الأمر هكذا فليكن نفسه بالنسبة للمستأمن ، فينظر الى تحقق عصمته وقت القتل فقط ، وحيث أنها متحققة فليقتص من قاتله .

ولكن خلاف الجمهور في هذه المسألة ، أي قتل المسلم بالمستأمن ، خلاف شديد ليس كخلاف أبي يوسف مع غيره من الاحنـاف ، لان الجمهور يأخذون بشرط المساواة في الدين بين القاتل والمقتول بوجوب القصاص . فهل هناك من دليل يرجح الاخذ برأي أبي يوسف ويضعف قول الجمهور في الوقت الحاضر ؟ .

لقد نظرت في هذه المسألة وتأملتها وخرجت من ذلك بجواز الاخذ برأي أبي يوسف وترجيحه على رأي الجمهور ، والعمل به في الوقت الحاضر للاسباب التالية :

أولا — ان حجة الجمهور هي الحديث الشريف « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » وقد قلنا ان هذا الحديث الشريف ورد في يوم فتح مكة كما قال الشافعي . وعلى هذا يمكن حمل هذا الحديث الشريف على تلك الفترة وقصره عليها دون غيرها ، أو قصره على زمن النبي «ص» فقط ، لأن تميز المستأمنين من الحربيين في ذلك الوقت ما كان واضحا بيّنا ، فقد كان ميسورا للحربيين دخول دار الاسلام بلا أمان . فكانت تلك الحالة تقتضي عدم قتل المسلم بالمستأمن لوجود الشبهة في كونه حربيا لا مستأمنا . ولكن الحالة قد تبدلت بعد ذلك ، فقد استقر كيان الدولة الاسلامية ، وتميز المستأمنون من الحربيين لعدم تيسر دخول هؤلاء الى دار الاسلام بلا أمان ، فلم تعد الاحوال الجديدة تقتضي عدم الاقتصاص من المسلم للمستأمن . وقصرنا الحديث الشريف « لايقتل مسلم بكافر » على زمن النبي «ص» ليس بالامر المستنكر ولا بالغريب ، فان الفقهاء يفعلون مثل هذا في

بعض الاحاديث ، من ذلك الحديث الشريف « لا تجلدوا فوق عشر جلدات الا في حدّ من حدود الله » فقد قال المالكية فيه : « انه مقصور على زمنه صلى الله عليه وسلم لانه كان يكفي الجاني من التعزير هذا القدر »[1]. وعلى هذا يكون القول بقتل المسلم بالمستأمن ، بعد زمن النبي «ص» وفي الوقت الحاضر ، قولا سائغا مقبولا لا يعارض الحديث الشريف الذي احتج به الجمهور .

ثانيا — المستأمن دخل دار الاسلام بأمان . ومقتضى الامان التزام الدولة الاسلامية بحمايته . والحماية لا تكون بصورة كافية الا بايجاب القصاص على قاتله حتى لو كان مسلما ، حتى لا يتجرأ أحد على قتله ، وبدون ذلك تبقى الحماية ناقصة مما لا يتفق ومقتضى الامان . فكان ايجاب القصاص على قاتل المستأمن ، حتى لو كان مسلما ، قياما بحق الوفاء بالتزام الدولة بحماية المستأمن ، والوفاء بالالتزامات المشروعة امر مشروع أمرت به الشريعة الاسلامية .

ثالثا — يجوز للدولة الاسلامية ، على ما أرى ، أن تشترط لغيرها من الدول قتل المسلم بالمستأمن ، لان هذا الشرط ليس بأشد مما جاء في معاهدة الحديبية المعقودة بين النبي «ص» وبين أهل مكة . فقد جاء في هذه المعاهدة ، ان النبي «ص» يرد من يأتيه من أهل مكة مسلما ولا يقبله[2]. فاذا جاز للدولة الاسلامية ان تشترط لغيرها من الدول قتل المسلم بالمستأمن ، جاز لها ان تقوم به من تلقاء نفسها بدون اشتراط صريح عليها ، لا سيما وان الدول في الوقت الحاضر تجري على عدم تمييز الافراد في عقوبة الاعدام ، في جرائم القتل ، بسبب اختلافهم في الجنسية او الدين .

رابعا — ان المصلحة والسياسة الشرعية تقتضيان ، في الوقت الحاضر ، ايجاب القصاص على قاتل المستأمن حتى لو كان القاتل

(١) فقه القرآن والسنة ، القصاص ، للشيخ محمود شلتوت ص ٩٩ .
(٢) زاد المعاد لابن القيم ، مطبعة السنة المحمدية ، جـ٤ ص ٣١٠ .

مسلما . لان هــذا النهج أدعى الى الاستقرار ومنــع الاجرام وتقرير الثقة بالدولة الاسلامية ، وهذا كله مصلحة موءكدة للدولة فيجوز بناء على هذا ، الاخذ بوجوب القصاص على المسلم اذا قتل مستأمنا . ويؤيد ما قلناه ان من نهج الاستنباط الفقهي وتفهم النصوص واســتخراج الاحكام في عصــر الصحابة الكرام ، الالتفات الى الظروف القائمــة والاحوال المتغيرة والحرص على تحقيق المصالح ودرء المفاسد وان كان هذا النهج قد يخالف ظاهر النصوص ، الا انه في الحقيقة يتفق مع هذه النصوص في روحهــا واغراضها .. فمن ذلك ، ان النبــي «ص» قال لزيد بن خالد ، وقد سأله عن ضالة الابل ، : « مالك ولها ، دعها فان معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء وتأكل الشــــجر ، حتى يجدهــا ربها ... » [1]. فهذا الحديث صريح في النهي عن التقاط ضالة الابل . وهكذا كان الحكم في عهد النبي «ص» وعهد ابي بكر وعمر ، لا تلتقط ضالة الابل عملا بالحديث الشريف . ولكن في خلافة عثمان بن عفان أمر بالتقاطها وبيعها وحفظ ثمنها الى أن يظهر صاحبها . وفي خلافة علي بن ابي طالب ، جعل لضوال الابل مربدا يعلفها فيه من بيت المال علفا لا يسمنها ولا يهزلها الى ان يظهر صاحبها ويثبت انها له [2]. ولا شك ان ما فعله عثمان وعلي مبناه ملاحظة الظروف والاحوال في زمانهما ، وتحقيق المصلحة التي قصدها الحديث الشريف وهي حفظ الابــــل الضائعة على صاحبها . فقد كان هذا الحفظ يتحقق في عهد النبي «ص» وعهد ابي بكر وعمر بترك هذه الابل وعدم التقاطها الى ان يجدهــــا صاحبها ، ثم تغيرت الاحوال في زمن عثمــان وعلي فلم يعــد بالامكان تحقيق هــذه المصلحة بترك الابل الضائعة ، فرأى عثمان أخذها وبيعها وحفظ ثمنهــا ، ورأى علي حفظها في مربد خاص وتحميل بيت المــال نفقتها الى ان يظهر صاحبها . فما فعله عثمان وعلي وان كان يخالــف

(١) نيــل الاوطار جـ٥ ص ٣٣٨ — ٣٣٩ .
(٢) تعليل الاحكام للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٠ — ٤١ .

ظاهر الحديث الا انه في الحقيقة لا يخالفه لانه يحقق الغرض منه .

خامسا — واخيرا نقول ان باب التعزير واسع فيمكن على اساسه القول بقتل المسلم بالمستأمن على سبيل التعزير والسياسة الشرعية لا على سبيل القصاص . فالتعزير قد يكون بالقتل ، والى هذا ذهب الامام مالك (١) ، والاحناف (٢) ، وسموه سياسة ، وفي هذا يقول الامام ابن عابدين : ان للامام قتل السارق سياسة ان تكرر منه ، وكذا ان تكرر الخنق منه في المصر قتل به سياسة لسعيه في الفســاد ، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل (٣).

ومن جميع ما تقدم ، يترجح عندنا قتل المسلم بالمستأمن ، اما على سبيل القصاص واما على سبيل السياسة الشرعية ، وهذا ما تقضي به متطلبات عصرنا الحاضر .

المبحث الثاني

الديـــة

٢٣٠ — يشترط لوجوب الدية ان يكون المقتول معصوم الدم . اما الاسلام ، فليس بشرط لوجوبها ، لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول ، فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلما أو ذميا أو مستأمنا (٤).

والاصل في وجوب الدية بقتل المسلم أو الذمي أو المستأمن

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٢ .

(٢) الدر المختار ، طبعة بولاق ، الطبعة الثالثة ؛ سنة ١٣٢٤ ، جـ٣ ص ١٨٤ : يكون التعزير بالقتل .

(٣) رد المحتار ، طبعة بولاق ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٢٤ ، جـ٣ ص ١٨٥

(٤) الكاساني جـ٧ ص ٢٥٢ .

قوله تعالى : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصّدّقوا ، فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلّمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما » [(١)]. وهذا ما نصّ عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية [(٢)] ، ولكن الظاهرية يقولون ان هذه الآية الكريمة وردت بوجوب الدية اذا كان المقتول مسلما ، وعلى هذا لاتجب على المسلم دية اذا قتل ذميا أو مستأمنا ، ويقولون ان سياق الآية يدل على ذلك ، والضمير الذي في قوله تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة » راجع الى المؤمن المذكور في أول الآية ، ولا ذكر للذمي ولا للمستأمن في هذه الآية أصلا ، فصح يقينا ان ايجاب الدية على المسلم اذا قتل ذميا أو مستأمنا لا يجوز [(٣)].

ولكن قول الظاهرية ضعيف من وجوه ، منها : (الاول) ان الله سبحانه وتعالى ذكر المؤمن المقتول خطأ وحكمه ، وذلك عموم يقتضي سائر المؤمنين الا ما خصه الدليل ، فغير جائز اعادة ذكر المؤمن بذلك الحكم في سياق الآية مع شمول اول الآية له ولغيره ، فعلمنا انه لم يرد المؤمن ممن كان بيننا وبينهم ميثاق . (الثاني) ان اطلاق القول بانه من المعاهدين يقتضي ان يكون معاهدا مثلهم ، كقول القائل ان هذا الرجل من أهل الذمة يفيد انه ذمي مثلهم . فظاهر قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق » يوجب ان يكون معاهدا مثلهم ، ألا

(١) سورة النساء جـ٥ الآية ٩٢ .
(٢) الكاسانى جـ٧ ص ٢٥٢ ، الام للشافعى جـ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، المهذب جـ٢ ص ٢٠٤ ، المغنى جـ٧ ص ٦٥١ ، كشاف القناع جـ٤ ص٣ ، الشرح الصغير للدردير جـ٢ ص ٣٦٨ .
(٣) المحلى جـ١٠ ص ٣٤٧ — ٣٤٨ .

ترى انه لما اراد الله عز وجل بيان حكم المؤمن اذا كان من ذوي انساب المشركين ، قال : « فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة » فقيده بذكر الايمان لانه لو أطلقه لكان المفهوم منه انه كافر مثلهم . (الثالث) لو كان الضمير في قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله .. » راجع الى المؤمن كما قال الظاهرية ، لما كانت الدية مسلمة الى اهله ، لان اهله كفار لا يرثونه [1]. فهذه الوجوه كلها تدل على ضعف قول الظاهرية ، ورجحان قول الجمهور .

٢٣١ ـ مقدار دية الذمي والمستامن :

اختلف الفقهاء في مقدار دية الذمي والمستأمن ، فذهب بعضهم الى انها بقدر دية المسلم [2] ، وذهب أكثرهم الى غير ذلك . ويمكن رد اقوالهم ، التي وقفت عليها ، في هذه المسألة الى اربعة اقوال ، هي ما يأتي :

القول الاول ـ دية الكتابي على النصف من دية المسلم . ودية غير الكتابي كالمجوسي ثمانمائة درهم . ودية المرأة على النصف من دية الرجل من أهل دينها . وهذا قول مالك واحمد ، الا ان الامام احمد ضعّف الدية على المسلم اذا قتل ذميا او مستأمنا عمدا [3].

القول الثاني ـ ودية الكتابي ثلث دية المسلم ، ودية غير الكتابي ثلثا عشر دية المسلم ، وديات نسائهم على النصف من ديات رجالهم .

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩ .
(٢) ذكرنا مقدار دية المسلم في ص ٢٤٦ من هذه الرسالة .
(٣) المغني جـ٧ ص ٧٩٣ ، ٧٩٥، ٧٩٦ ، كشاف القناع جـ٤ ص ١١ ـ ١٢؛ ١٨ ؛ شرح منتهى الارادات جـ٤ ص ١٨ ، المحرر جـ٢ ص ١٤٥ ، شرح الخرشي وحاشية العدوي جـ٨ ص ٣١ ـ ٣٢ ، شرح الموطأ للزرقاني جـ ص ١٩١ ؛ الشرح الصغير للدردير جـ٢ ص ٣٦٨ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٨ ص ٣١ ـ ٣٢ .
(٤) الام جـ٦ ص ٩٢ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ ؛ الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع جـ٢ ص ١٦٣ ، شرح النيل جـ٨ ص ٥٦ـ٥٧ .

وهذا قول الشافعي والاباضية .

القول الثالث — دية الذمي اليهودي أو النصراني أو المجوسي ثمانمائة درهم ، ولا دية لغير هؤلاء من غير المسلمين ، ودية المرأة منهم على النصف من دية الرجل . وهذا قول الشيعة الامامية (١).

القول الرابع — دية غير المسلم كتابيا كان او غير كتابي كدية المسلم ودية المرأة على النصف من دية الرجل .وهذا قول الحنفية والزيدية وسفيان الثوري وغيرهم (٢).

اولا — أدلة القول الاول والرد عليها

٢٣٢ — استدل اصحاب القول الاول بالادلة التالية :

أ — روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي «ص» انه قال : دية الكافر على النصف من دية المسلم . وفي رواية : دية المعاهد نصف دية المسلم (٣).

وهذا الدليل ضعيف ، لان رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ليست بحجة كما قال ابو داود ، صاحب السنن ، وغيره من المحدثين (٤).

---

(١) سفينة النجاة جـ٢ ص ١٠٢ ، المختصر النافع ص ٣١٦ — ٣١٧ ، شرح اللمعة جـ٢ من كتاب الديات .

(٢) الكاساني جـ٧ ص ٢٥٤ ، الهداية جـ٨ ص ٣٠٧ ، الدر المختار جـ٥ ص ٥٠٥ ، شرح العناية جـ٨ ص ٣٠٧ ، شرح الكنز للزيلعي جـ٦ ص ١٢٨ ، ١٢٩ ، الجصاص جـ٢ ص ٢٣٨ ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص ٣٤٢ — ٣٤٣ ، الروض النضير ج ٤ ص ٢٧٤ — ٢٧٥ . شرح الازهار جـ٤ ص ٤٤٣ .

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٦٤ ، المغني جـ٧ ص ٧٩٤ . وقد روى هذا الحديث الامام احمد في مسنده ج ٢ ص ١٨٠ ، وروي بالفاظ اخرى : النسائي جـ٨ ص ٤٥ ، ابن ماجة جـ٢ ص ١٤٢ ، الطيالسي جـ١ ص ٢٩٥ .

(٤) خلاصة تذهيب الكمال في اسماء الرجال للامام صفي الدين احمد الخزرجي ، ص ٢٤٦ : « عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن العاص السهمي ... قال القطان فيه : اذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به . وفي رواية عن ابن معين : اذا حدث عن غير ابيه فهو ثقة .

←

ب ـ ان الكفر يؤثر في الدية فينصفها ، كما ان الانوثة اثرت في الدية فنصفتها [١]. وهذا قول ضعيف ، لان كمال الدية بكمال حال القتيل فيما يرجع الى احكام الدنيا وهي الذكورة والحرية وعصمة الدم ، وقد وجدت هذه المعاني في الذمي والمستأمن ، اما نقصان الكفر فلا تأثير له في أحكام الدنيا [٢].

جـ ـ اما جعل دية المجوسي ثمانمائة درهم ، فلما روي عن عمر وعثمان وابن مسعود انهم قالوا ان دية المجوسي ثمانمائة درهم . وغير المجوس من الكفار من عبدة الاوثان ونحوهم ، دبتهم دية المجوس لانها أقل الديات فلا تنقص عنها . وقول النبي «ص» ، فى المجوس ، : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » محمول على أخذ الجزية وحقن الدم لا في كل شيء ، بدليل عدم حل ذبائحهم ونسائهم لنا [٣].

وهذا دليل ضعيف ، لان احتجاجهم بالاثار المروية عمن سموا من الصحابة يعارض بما روي عن عمر وعلي وابن مسعود ، انهم قالوا : ان دية المعاهد دية المسلم . وفي بعض الروايات تصريح بالمجوسي وان ديته دية المسلم كما سنذكره عند بيان أدلة الحنفية .

د ـ وحجة الحنابلة في تضعيف الدية على المسلم اذا قتل عمدا ذميا أو مستأمنا فهي ان عثمان بن عفان حكم بهذا . فقد روى الامام

وقال ابو داود : عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ليس بحجة » . وقال صاحب نيل الاوطار جـ١ ص ١١٧ : « وفي رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مقال معروف عند المحدثين » . وفى نصب الراية لاحاديث الهداية جـ١ ص ٥٨ـ٥٩ : « ا ما حدثيه « أي عمرو بن شعيب » عن ابيه عن جده فقد تكلم فيه من جهة انه كان يحدث من صحيفة جده . قالوا : وانما روى احاديث يسيرة واخذ صحيفة كانت عنده فرواها » . وانظر طبقات المدلسين للحافظ بن حجر العسقلاني ص ١٢ .

(١) المغني جـ٧ ص ٧٩٤ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٥ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٢٩ .

(٣) المغني جـ٧ ص ٧٩٦ ، كشاف القناع جـ٤ ص ١٢ ، شرح منتهى الارادات جـ٤ ص ١٨ .

احمد بن حنبل ان مسلما قتل رجلا من أهل الذمة فرفع الى عثمان فلم يقتله ولكن غلظ عليه الدية فجعلها ألف دينار . وهذا الحكم عند الحنابلة خاص بالمسلم اذا قتل معاهدا ، اما اذا قتل الذمي ذميا او مستأمنا عمدا فلا تضعف عليه الدية [١].

وهذا دليل ضعيف ، فقد ردّ عليه الامام ابن قدامة الحنبلي ، صاحب المغني ، بأن الآثار المروية عن النبي «ص» في دية غير المسلم عامة غير مخصصة بالقتل الخطأ دون العمد ، وبان دية غير المسلم دية واجبة فلا تضاعف كما في دية المسلم او كما لو كان القاتل غير مسلم [٢].

ثانيا ـ ادلة القول الثاني والرد عليها

٢٢٣ ـ استدل اصحاب القول الثاني بالادلة التالية :

أ ـ روى الامام الشافعي عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ، وهي ثلث دية المسلم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم [٣] ، كما روي عن عثمان بن عفان مثل ذلك [٤].

وهذا الدليل يتوجه عليه اعتراضان : (الاول) ان اصحاب القول الاول قالوا ليس في فعل عمر ما يدل على ان دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ، لان سيدنا عمر فعل ذلك عندما كانت الدية ثمانية آلاف درهم فأوجب نصفها وهو اربعة آلاف درهم [٥]. (الثاني) رويت آثار عن عمر وغيره من الصحابة تدل على ان دية الذمي كدية المسلم ، وسنذكرها عند بيان ادلة الحنفية .

(١) المغني جـ٧ ص ٧٩٥ ، كشاف القناع جـ٤ ص ١٨ .
(٢) المغني جـ٧ ص ٧٩٥ .
(٣) بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ج ٢ ص ٢٧٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢١١ .
(٤) احكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨٤ .
(٥) المغني ج ٧ ص ٧٩٤ .

ب ـ ان الانوثة لما أثرت في نقصان الدية فالكفر أولى في تنقيصها لان نقيصة الكفر فوق كل نقيصة [١] .

وهذا الدليل ضعيف ، وقد احتج به أصحاب القول الاول ، وذكرنا الرد عليه [٢] .

جـ ـ لم يقل أحد في مقادير ديات غير المسلمين أقل مما قلنا ، وهو ثلث دية المسلم ، فيجب المصير اليه لانه أقل مقدار حصل الاجماع عليه ، فهو القدر المتيقن الذي لاشك فيه [٣] .

وهذا دليل ضعيف ، لانه ، كما يقول الامام ابن جرير الطبري ، مبني على علة غير صحيحة ، لان كل قائل يحتاج الى دليل على صحة قوله . والاخذ بأقل مما قيل ليس بدليل ، اذ ليس له أصل فى الكتاب أو في السنة [٤] .

ثالثا ـ ادلة القول الثالث

٢٣٤ ـ يبدو ان الشيعة الامامية استدلوا بالاثار المروية عندهم ، فقد قالوا : « دية الذمي ، يهوديا كان أو نصرانيا أو مجوسيا ، ثمانمائة درهم على الاشهر رواية وفتوى ، ولا دية لغير الثلاثة من أصناف الكفار » [٥] . واني لم أقف على المروي عند الشيعة الذي احتجوا به . وعلى اي حال ، فان ما رووه لم يروه أهل السنة ، وانما رووا في دية المجوسي فقط انها ثمانمائة درهم ، اما الكتابي فقد روى أهل السنة في ديته انها النصف او الثلث من دية المسلم او انها كدية المسلم ، ولم يرو أحد منهم أقل من هذه المقادير . والشيعة لم يأخذوا برواية أهل السنة كما ان اهل السنة لم يأخذوا برواية الشيعة .

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٤ .
(٢) فقرة ٢٣٢ ص ٢٧٧ من هذه الرسالة .
(٣) احكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥ .
(٤) نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ ص ٣٦٧ ، هامش رقم (٢) .
(٥) شرح اللمعة ج ٢ ، من كتاب الديات . المختصر النافع ص ٣١٦ ـ ٣١٧ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠٢ .

رابعا ـ ادلة القول الرابع ، والرد عليها

٢٣٥ ـ استدل الحنفية ومن وافقهم على ان دية غير المسلم كدية المسلم ، بالادلة التالية :

أ ـ قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلّمة الى اهله الا ان يصدقوا ... الى قوله تعالى : وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلّمة الى اهله » . والدية اسم لمقدار معلوم من المال بدلا من نفس الحر ، لان الديات كانت معروفة بينهم قبل الاسلام وبعده فرجع الكلام اليها في قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلّمة الى اهله » . ثم لما عطف عليه قوله تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله » كانت هذه الدية هي الدية المذكورة اولا ، اذ لو لم تكن كذلك لما كانت دية ، لان الدية اسم لمقدار معلوم من المال بدلا من نفس الحر لا يزيد ولا ينقص ، وقد كان مقدارها معروفا عند الناس قبل الاسلام فوجب ان تكون الدية المذكورة للكافر هي التى ذكرت للمسلم . وحيث ان المسلم ديته كاملة فيجب ان تكون دية غير المسلم المعاهد كاملة أيضا . ولولا ان ذلك كذلك لكان اللفظ مجملا مفتقرا الى البيان ، وليس الامر كذلك [١].

وقد اعترض على هذا الاستدلال باعتراضين : (الاول) ان المراد بقوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ... » انما هو المسلم لا غير المسلم [٢]. (الثاني) ان قوله تعالى : « فدية مسلمة الى اهله » لا يدل على ان دية غير المسلم مثل دية المسلم ، فدية المرأة نصف دية الرجل ولا يخرجها ذلك من ان تكون دية كاملة لها [٣].

اما الاعتراض الاول فقد ذكرنا ردّ الامام الجصاص عليه [٤].

(١) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ .
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٣٤٧ .
(٣) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ .
(٤) فقرة (٢٣٠) ص (٢٧٤ ــ ٢٧٥) من هذه الرسالة

واما الاعتراض الثاني ، فقد اجاب عليه الحنفية من وجهين : « الاول » ان الله تعالى انما ذكر الرجل في الآية فقال تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ » ثم قال : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله » فلما اقتضى فيما ذكره للمسلم كمال الدية فكذلك يكون للمعاهد من دية لتساويهما في اللفظ مع وجود التعارف عندهم في مقدار الدية . « والوجه الثاني » ان دية المرأة لا يطلق عليها اسم الدية وانما يتناولها الاسم مقيدا ولهذا يقال دية المرأة نصف الدية ، واطلاق اسم الدية انما يقع على المتعارف المعتاد وهو الدية الكاملة [١].

ب — وكذلك استدل الحنفية ببعض الاحاديث المروية عن النبي « ص » ، من ذلك : —

١ — روى عن النبي «ص» انه جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار [٢].

وقد اعترض على هذا الحديث بانه موقوف على سعيد بن المسيب ، فقد رواه الشافعي عن سعيد بن المسيب ولم يرفعه الى النبي «ص» [٣].

ولكن يرد على هذا الاعتراض بان ابا داود اخرجه في المراسيل عن سعيد بن المسيب ، قال : قال رسول الله «ص» دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار [٤].

٢ — روي عن نافع عن ابن عمر عن النبي «ص» انه ودى ذميا دية مسلم [٥] .

ويعترض على هذا الحديث بانه حديث غير صحيح ، لان في سنده ابا كرز . وقد قال الدارقطني : وابو كرز ، واسمه عبد الله بن عبد

(١) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ .
(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٥ ، الهداية ج ٨ ص ٣٠٧ ؛ شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٢٨ .
(٣) مسند الشافعي ج ٢ ص ٢٧٥ .
(٤) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٦ .
(٥) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٩ ، شرح العناية ج ٨ ص ٣٠٧ .

الملك الفهري ، متروك الحديث ، ولم يروه عن نافع غيره [١] .

٣ — روي عن ابن عباس ان النبي «ص» ودى العامريين اللذين قتلهما عمرو بن أمية الظمري ، وكان لهما عهد من النبي «ص» ، بدية حرين مسلمين [٢] .

ويعترض على هذا الحديث بان في سنده ابا سعيد البقال ، فقد اخرجه الترمذي عن ابى سعيد البقال عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي «ص» ودى العامريين بدية المسلمين وكان لهما عهد من رسول الله «ص» . قال الترمذي عنه : حديث غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ، وابو سعيد البقال اسمه سعيد بن المرزبان ، وفيه لين . وقال البخاري ، هو مقارب الحديث . وقال ابن عدي هو من جملة الضعفاء الذين يكتب حديثهم [٣] . وقال الشوكاني ، صاحب نيل الاوطار ، ان لهذا الحديث طريقا آخر ، ولكن فيه الحسن بن عمارة وهو متروك الحديث [٤] .

ج — واستدل الحنفية ايضا ببعض الآثار المروية عن الصحابة ، من ذلك :

١ — روي عن الزهري انه قال : كانت دية اليهودي والنصراني في زمن النبي «ص» مثل دية المسلم ، وكذلك كانت في زمن ابي بكر وعمر وعثمان . ورواه البيهقي ايضا وقال عنه : رده الشافعي لكونه مرسلا . وقد رد الحنفيةعلى رد الشافعي ، لهذا الحديث ،بأنه أرسل من جهة اخرى ، وان ابا داود رواه في مراسيله بسند صحيح عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن ، قال : كان عقل الذمي مثل عقل المسلم في زمن النبي «ص» وزمن أبي بكر وعمر وعثمان . ويؤيده ما رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم ان

(١) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٦ .
(٢) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٩ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٥٥ .
(٣) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٦ .
(٤) نيل الاوطار ج ٧ ص ٦٦ .

النبي « ص » وأبا بكر وعمر وعثمان ، قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم . فينبغي العمل به [١] .

٢ — روى الدار قطني باسناده عن ابن مسعود انه قال : دية كل معاهد ، مجوسي او غيره ، الدية وافية . وعن ابن مسعود ايضا انه قال : دية المعاهد مثل دية المسلم . وعن علي بن ابي طالب مثل هذا أيضا [٢] .

٣ — روى ابو يوسف عن ابي حنيفة عن ابي بكر عن الزهري عن ابي بكر الصديق وعمر انهما قالا في دية اهل الذمة ، انها دية الحر المسلم [٣] .

٤ — وعن ابي حنيفة عن الحكم بن عتبه عن علي : قال دية كل ذمي مثل دية المسلم ، قال ابو حنيفة وهو قولي . ونحو هذا روي عن علقمة ومجاهد وعطاء والشعبي والنخعي والزهري [٤] .

٢٣٦ — القول الراجح :

من مراجعة ادلة الاقوال المختلفة ومناقشتها يتبين لنا ان أدلة القول الاول والثاني لم تسلم من الرد والتضعيف . كما ان ادلة الشيعة الامامية تقوم على ما رووه من آثار وهي مخالفة لما عليه جمهور الفقهاء لا سيما قولهم في دية غير المجوسي . أما أدلة القول الرابع ، وهو قول الحنفية ومن وافقهم ، فضعيفة من جهة الاستدلال بالاحاديث النبوية ، ولكن باقي ادلتهم من الكتاب وبعض الآثار عن الصحابة قوية . ولهذا كله ، يترجح عندي ، قول الحنفية في مسألة دية غير المسلم وانها كدية المسلم .

---

(١) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٧ — ٣٦٩ .
(٢) سنن الدار قطني ج ٢ ص ٣٥٠ .
(٣) الاثار لابى يوسف ص ٢٢٠ .
(٤) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٨ .

٢٣٧ — دية الجنين :

الجنين اذا سقط ميتا ، بسبب الجناية على امه ، وجبت فيه ، عند الحنفية ، غرة [١] . وهي نصف عشر دية الرجل أو عشر دية المرأة أي خمسمائة درهم [٢] وهذا سواء كان الجنين محكوما باسلامه او بكفره [٣] لان دية غير المسلم ، عند الاحناف ، دية المسلم .

وقال الشافعية والحنابلة والمالكية وغيرهم ، دية الجنين الحر المسلم غرة عبد او أمة قيمتها عشر دية المرأة المسلمة [٤] . ودية الجنين الكتابي عشر دية امه الكتابية ، وهي : عند الشافعية ، ثلث دية الجنين المسلم ، وعند الحنابلة والمالكية نصف دية الجنين المسلم . واذا كان الجنين مجوسيا فديته ايضا عشر دية امه المجوسية وهي اربعون درهما . واذا اختلف ابوا الجنين الكافران في الديانة ، كمجوسية تحت نصراني أو وثنية تحت يهودي ، اعتبرت دية الجنين بالنسبة الى اكثرهما دية أي عشر دية الكتابية ، وهذا ما صرح به الشافعية والحنابلة [٥] . وعند الشيعة الامامية دية الجنين الذمي عشر دية أبيه

(١) الغرة ، الخيار . وغرة المال خياره كالفرس والعبد والأمة . وقيل انما سمي مايجب في الجنين غرة لانه اول مقدر في باب الدية ، وغرة الشيء اوله : الزيلعي ج ٦ ص ١٣٩ . وفي المغني ج ٧ ص ٨٠٠ : والاصل في الغرة الخيار .

(٢) الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٥١٦ — ٥١٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٣٩ .

(٣) والفقهاء لم ينصوا على وقت الحكم باسلامه او بكفره ، ولكن الظاهر انه يحكم باسلامه او بكفره في لحظة سقوطه ميتا بسبب الجناية على امه ، فيحكم باسلامه اذا كان احد الابوين مسلما ، عملا بقاعدة الولد يتبع خير الابوين دينا ، ويحكم بكفره اذا كان الابوان كافرين ، كما سنبين ذلك فيما بعد عند كلامنا عن دين ولد غير المسلم .

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٧ ، كشاف القناع ج ٤ ص ١٣ ، ١٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٣ ، ١٠٥ ، المواق ج ٦ ص ٢٥٧ .

(٥) الام ج ٦ ص ٩٧ ، المغني ج ٧ ص ٨٠٠ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٦ ، كشاف القناع ج ٤ ص ١٤ ، المواق ج ٦ ص ٢٥٧ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٣٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٦٨ .

أي ثمانون درهما ، وفي رواية عندهم أنها عشر دية أمه [١] .

والراجح من هذه الاقوال هو قول الحنفية ، نظرا لترجيحنا قولهم في مساواة غير المسلم للمسلم في الدية، فتكون دية الجنين غير المسلم كدية الجنين المسلم ، وهي عشر دية امه ، باعتبار ان دية المرأة غير المسلمة كدية المرأة المسلمة .

٢٣٨ — هل للذمي عاقلة ؟

قلنا ان الدية تتحملها العاقلة اذا كان القتل خطأ أو شبه عمد ، فهل للذمي عاقلة كما للمسلم عاقلة تعقل عنه جنايته في القتل الخطأ وشبه العمد ؟

قال الفقهاء لا يعقل مسلم عن ذمي كما لا يعقل ذمي عن مسلم [٢] . أما الذميون فيما بينهم ، فقد اختلف الفقهاء في تعاقلهم على قولين :

القول الاول : يتعاقل الذميون فيما بينهم . وهذا قول الحنابلة والشافعية والمالكية والظاهرية والحنفية والزيدية والاباضية . الا ان الحنابلة والمالكية والزيدية اشترطوا اتحادهم في الملة لجريان التعاقل فيما بينهم ، خلافا للحنفية والشافعية ، على القول الاظهر عندهم ، اذ ليس هذا بشرط . اما الظاهرية فقد سكتوا عن لزوم هذا الشرط أو عدم لزومه [٣] .

---

(١) سفينة النجاة ج ٢ ص ١١١ ، المختصر النافع ص ٣٢٥ .

(٢) المغني ج ٧ ص ٧٧٩ — ٧٨٠ ، المحرر ج ٢ ١٤٨ ، الجصاص ج ٢ ص ١٠ ، الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٦ ، الهداية ج ٨ ص ٤٠٩ ، الوجيز للغزالي ج ٢ ص ٩٣ .

(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ٣٧ : « ولا تعاقل بين ذمي وحربي ... بل بين ذميين ان اتحدت ملتهما . فلا يعقل يهودي عن نصراني ولا نصراني عن يهودي لعدم التوارث والتناصر » . الام للشافعي ج ٦ ص ٩٢ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٩٩ ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ج ٢ ص ١٥٥ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ٤٨٠ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤٦ ، الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٦ : « الكفار يتعاقلون فيما

والراجح تعاقل الذميين فيما بينهم بشرط اتحادهم في الملة ، لان التعاقل مبناه المناصرة وهي معدومة عند اختلاف الدين عادة [١].

القول الثاني : عدم التعاقل بين الذميين . وهذا مذهب الشيعة الامامية ، فعندهم عاقلة الذمي نفسه دون عصبته وان كانوا غير مسلمين . وعلى هذا فالدية تجب على الذمي في ماله دون عصبته [٢] .

٢٣٩ — هل يحمل بيت المال الدية عن الذمي اذا لم تكن له عاقلة ؟

اذا لم يكن للذمي عاقلة فان ديته في ماله ولا يتحملها عنه بيت المال . وهذا قول الحنابلة والزيدية والحنفية والشافعية [٣].

وعند المالكية ، اذا لم يكن للذمي عاقلة فان أهل دينه الذين في بلده يؤدون عنه الدية وان لم يكونوا من اقاربه بشرط أن يكونوا ممن تضرب عليهم الجزية لعلة التناصر فيما بينهم ، فان لم يكتف بهم ضم اليهم اقرب القرى اليهم ما داموا في اقليم واحد حتى تحصل الكفاية بهم [٤] .

وعند الشيعة الامامية ، يحمل بيت المال عن الذمي اذا عجز عن

بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة ان تناصروا » . الا ان هذا اذا لم تكن العداوة فيما بينهم ظاهرة . فان كانت ظاهرة كما بين اليهود والنصارى . فقد روي عن ابي يوسف . كما جاء في الهداية : عدم التعاقل فيما بينهم : الهداية ج ٨ ص ٤١٠ . الزيلعي ج ٦ ص ١٨٠ . المحلى ج ١١ ص ٦٢ ؛ شرح النيل ج ٨ ص ١١١ . شرح الازهار ج ٤ ص ٤٥٦ .

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٤٦ : ولا يحمل يهودي عن نصراني وعكسه وان كان الكفر كله ملة واحدة كما مر في بحث القصاص ، وما هنا لعلة التناصر .

(٢) شرح اللمعة ج ٢ ، من كتاب الديات : وعاقلة الذمي نفسه دون عصبته وان كانوا كفارا . جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : وجناية الذمي في ماله وان كانت خطأ دون عاقلته عندنا . المختصر النافع ص ٣٢٨ .

(٣) المغني ج ٧ ص ٧٧٩ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٣٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٨٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ ، الوجيز للغزالي ص ٩٣ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٤٥٧ .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٤٦ .

اداء الدية ، فيكون الامام في هذه الحالة بمنزلة عاقلة الذمي . ويعلل الشيعة هذا القول بأن الذمي يؤدي الى الامام الجزية فيتحمل عنه الامام الدية عند عجزه عن ادائها [١] .

والراجح ، عندي ، قول المالكية ، ولكن اذا لم يوجد مع الذمي أحد من أهل دينه ، أو وجدوا وعجزوا جميعا عن الاداء ، فأرى الاخذ برأي الشيعة الامامية ، فيتحمل عنه بيت المال ، لان الذمي من أهل دار الاسلام ، وبيت المال يتحمل عن المسلم اداء الدية عند عجزه عنها في ظاهر الرواية عند الحنفية واحد القولين عند الحنابلة [٢] ، والاصل ان الذمي كالمسلم في الحقوق والواجبات .

٢٤٠ — هل للمستأمن عاقلة ؟

عند الشافعية وبعض المالكية يجرى التعاقل بين المستأمنين ، ومن لا عاقلة له منهم فالدية في ماله [٣] . ويبدو ان هذا هو مذهب الاحناف أيضا لان الحنفية قالوا : « والكفار يتعاقلون فيما بينهم » [٤] . وكلمة كافر او كفار تشمل بعمومها الذمي والمستأمن .

ونتساءل هنا ، اذ لزمت الدية مستأمنا أو عاقلته من المستأمنين ، وأجل الدية ثلاث سنين ، فكيف يمكن استيفاء الدية ، والمستأمن

---

(١) جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « وجناية الذمي في ماله وان كانت خطأ دون عاقلته عندنا . ومع عجزه عن الدية فعاقلته الامام لانه يؤدي اليه الجزية بلا خلاف نجده في شيء من ذلك » . وشرح اللمعة ج ٢ ، من كتاب الديات ، المختصر النافع ص ٣٢٨ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٦ ، المغني ج ٧ ص ٧٩١ .

(٣) الام للشافعي ج ٦ ص ٩٢ : « وان كان واحد منهم — اي من الذميين والمستأمنين — قاتلا لمسلم قتلا لا قصاص فيه قضي عليه بدية مسلم كاملة على عاقلته ... وان لم يكن له عاقلة يجري عليهم الحكم ففي ماله » . . والام ج ٦ ص ٤٠ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٤٦ : « والحربي اهل دينه الحربيون — اي عاقلته — بعد دخولهم الينا بأمان ؛ عند ابن القاسم . وروى سحنون عن اشهب في ماله فقط » . البهجة شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٣٥٤ .

(٤) الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٦ .

لا يمكّن من الاقامة في دار الاسلام اكثر من سنة عادة عند الحنفية ، وقطعا عند الشافعية ؟ الذي أراه ، في هذه الحالة ، وجوب استيفاء الدية كلها قبل انقضاء مدة اقامة المستأمنين في دار الاسلام حفظا لمصلحة اولياء المقتول .

المبحث الثالث

الكفارة

٢٤١ — من عقوبات جريمة القتل ، كما قلنا ، الكفارة على القاتل وهي عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين . وقد اختلف الفقهاء في وجوبها على الذمي والمستأمن ، ويمكن رد اختلافهم الى ثلاثة أقوال :

القول الاول — لا تجب الكفارة على الذمي والمستأمن ، لان الكفارة فيها معنى العبادة ، وغير المسلمين لا يخاطبون بشرائع هي عبادات ، ولهذا يشترط لوجوبها على القاتل ان يكون مسلما ، وهذا مذهب الحنفية والمالكية [١] .

القول الثاني — تجب الكفارة على القاتل الكافر في ماله ، أي بعتق رقبة مؤمنة ، لان الكفارة في هذه الحالة ، حق مالي يتعلق بالقتل فتجب على غير المسلم كما تجب عليه الدية . وهذا قول الحنابلة [٢] .

ومذهب الشافعية كمذهب الحنابلة ، الا انهم صرحوا بوجوبها على الذمي القاتل [٣] ، فيمكن القول ان مذهبهم وجوبها على المستأمن أيضا قياسا على الذمي لان كلا منهما غير مسلم .

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٢ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤٩ .
(٢) المغني ج ٨ ص ٩٤ ، ٩٧ ، المحرر ج ٢ ص ١٥٢ .
(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٧ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ .

القول الثالث — تجب الكفارة على الذمي الا انه لا يقدر في حالة كفره على عتق رقبة مؤمنة ولا على الصيام حتى يسلم ، فان اسلم يوما ما لزمه العتق أو الصيام . وهذا قول الظاهرية [١] . والظاهر ان حكم المستأمن ، عندهم ، كالذمي بجامع انهما غير مسلمين .

والذي اميل الى ترجيحه هو القول بعدم وجوب الكفارة على غير المسلم ، ذميا كان أو مستأمنا ، لان الكفارة فيها معنى العبادة ، كما قال الاحناف ، وغير المسلم ليس من أهل وجوب العبادة [٢] .

٢٤٢ — وكما اختلف الفقهاء في وجوب الكفارة على غير المسلم اختلفوا ايضا في وجوبها على المسلم اذا قتل ذميا او مستأمنا . فعند الحنفية والشافعية والحنابلة تجب الكفارة على المسلم . وعند الظاهرية والشيعة الامامية لا تجب . وقال المالكية لا تجب ولكنها مندوبة في قتل الذمي [٣] .

احتج بعض القائلين بعدم الوجوب بقوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة » فمفهومه ان لا كفارة في قتل غير المؤمن . وقد ردّ الحنابلة على هذا الاحتجاج بان الله تعالى أوجب الكفارة في قتل من بيننا وبينه ميثاق قال تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة » وهذا منطوق فيقدم على دليل الخطاب . كما ان غير المسلم ، ذميا كان أو مستأمنا ، معصوم الدم فتجب في قتله الكفارة كالمسلم . واحتج الظاهرية بأن الآية الواردة في ايجاب الكفارة في القتل الخطأ وهي قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا

(١) المحلى ج ١٠ ص ٣٥٩ .

(٢) وليس معنى هذا ان العقوبة بالنسبة الى المسلم اشد ، لان غير المسلم لا تقبل منه الكفارة ، لا تخفيفا عنه ، وانما لفوات شرط قبولها وهو الاسلام .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٢ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٣ — ٢٣٤ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٧ — ١٠٨ ، المغني ج ٨ ص ٩٣ — ٩٤ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٥٠ ، المحلي ج ١٠ ص ٣٤٧ ، المختصر النافع ص ٣٢٧ ، شرح اللمعة ج ٢ ، باب الكفارة .

خطأ ... الآية » كلها في المسلم ، فلا تجب الكفارة على المسلم اذا قتل ذميا او مستأمنا . وقول الظاهرية في تأويل الآية ضعيف وقد بينا وجه ضعفه من قبل [١] .

ويلاحظ هنا ان الكفارة وان وجبت جزاء على الفعل المحظور ، الا ان اداءها يجب بطريق العبادة ، والوجه فيه واضح ، لان العبادات انما شرعت للابتلاء والاختبار ، وقد شرط في ادائها النية ليتحقق فيها معنى الاخلاص والطاعة ، فلا معنى للحكم بها ولا للارغام على ادائها اذ يفوت المقصود منها وينتفي المعنى الذي اراده الشارع بالجبر عليها ، فتجب بطريق الفتوى لا الحكم ويؤمر من وجبت عليه بأن يؤديها بنفسه من غير أن تستوفى منه جبرا [٢] .

المبحث الرابع

ما عليه العمل الان في جرائم الاعتداء على النفس

٢٤٣ — في الجمهورية العربية المتحدة يعاقب بالاعدام كل من يرتكب جريمة القتل عمدا مع سبق الاصرار [٣] . اما في جرائم القتل العمد بدون سبق اصرار فان العقوبة لا تكون اعداما الا في حالات معينة كأن يقترن بها ارتكاب جناية اخرى [٤] . وفي العراق نصّ قانون العقوبات البغدادي على عقوبة الاعدام في جرائم القتل العمد مع سبق الاصرار ، وفي القتل العمد بدون سبق اصرار في حالات معينة [٥] .

(١) فقرة ٢٣٠ ص ٢٧٤ — ٤٧٥ من هذه الرسالة .
(٢) كفاية المتخصصين لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ١٣٧ — ١٣٨ .
(٣) المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات المصري « العربي » .
(٤) المادة ٢٣٤ من القانون السابق .
(٥) المواد ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ من قانون العقوبات البغدادي .

وهذه العقوبات ، في العربية المتحدة وفي العراق ، تسري على كل من يرتكب ما يوجبها من جرائم القتل بعض النظر عن ديانته او جنسيته ، لما قلناه من ان النصوص العقابية اقليمية التطبيق .

وفي السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، تُطَبَّقُ احكام هذا المذهب على جرائم الاعتداء على النفس بالنسبة الى المسلمين والذميين والمستأمنين ، فيقتص من القاتل العمد اذا تحققت شروط القصاص وفقا للمذهب الحنبلي على النحو الذي فصلناه في مبحث القصاص .

ويلاحظ هنا ان الشريعة الاسلامية تختلف في نظرتها الى القصاص مع القانون الجنائي العراقي والقانون الجنائي المصري « العربي » . فهي تجعل القصاص حقا لاولياء المجني عليه ، ولهم ان يطلبوه وعلى القاضي الحكم لهم به ، كما ان لهم ان يعفو عنه فيسقط ولا يجب وان كان للقاضي ان يعاقب القاتل تعزيرا . اما في القانون العراقي والقانون المصري « العربي » فقد اعتبرت عقوبة القتل العمد من حق المجتمع ، ولهذا كان رفع الدعوى على القاتل من حق النيابة العمومية ، وليس لعفو أولياء المجنى عليه اثر في العقوبة المقررة ، ولكن يمكن اعتباره من الظروف القضائية المخففة ، فيؤدي الى تخفيف العقوبة او استبدالها بغيرها طبقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصري « العربي » [١] .

٢٤٤ — اما الديات الشرعية فلا يزال نظامها هو المعمول به في السعودية طبقا لاحكام المذهب الحنبلي .

اما في العراق والجمهورية العربية المتحدة فقد استعيض عن نظام الديات بنظام التعويض . والتعويض بمعناه الخاص هو ما يقابل الضرر مقوما بالنقود ، ويقدر بما يناسب الضرر أيا كان عدد المسؤلين في الجريمة ، ويحكم به في الجمهورية العربية المتحدة بناء على نص عام

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٤٥ ، القصاص في الشريعة الاسلامية وفي قانون العقوبات المصري للدكتور احمد محمد ابراهيم ص ١٤٤ .

في القانون المدني هو نص المادة ١٦٣ [١] . وقد نصّ القانون المدني المصري « العربي » على ان القاضي يقدر التعويض بالنقد مراعيا ظروف وقوع الضرر ، ويصح ان يكون التعويض مقسطا كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا . ولا يجوز الحكم به الا للازواج والاقارب من الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب [٢] .

وفي العراق نصّ القانون المدني العراقي على الزام القاتل أو الجارح بالتعويض عما أحدثه من ضرر ، وفي حالة الوفاة بسبب الجرح او أي فعل ضار آخر يلزم من أحدث الضرر بتعويض الاشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرموا منه بسبب القتل او الوفاة . كما نص على تعويض الازواج والاقربين من اسرته عما اصابهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب . وتقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا الكسب الفائت وذلك الضرر الواقع نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع الذي قام به الجاني . والمحكمة تعين طريقة التعويض تبعا للظروف ، فيصح ان يكون التعويض اقساطا او ايرادا مرتبا [٣] .

والذي أراه في هذا الباب ، عند تطبيق النظام الاسلامي في الديات ، ان تعتبر الدية الشرعية الحد الادنى لما يحكم به لاولياء اى مقتول بغض النظر عن مركزه الاجتماعي او مهنته أو عدد المتضررين بموته ، ويؤذن للمحكمة ان تحكم بمقدار من التعويض اذا وجدت ان مقدار الدية لا يكفي لتعويض اولياء المجني عليه او من كان يعيلهم

---

(١) شرح قانون العقوبات — القسم العام — للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٤٨٧ ، وهامش رقم ١ ، والمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري نصت على ان : كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

(٢) المواد ١٧٠ ، ١٧١ ، ٢٢٢ من القانون المدني المصري « العربي » .

(٣) المواد ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ من القانون المدني العراقي .

المجني عليه [١] .

(١) ومقدار الدية الشرعية ، كما قلنا ، مائة من الابل او الف دينار .. الخ : انظر ص ٢٤٦ من هذه الرسالة . والدية من الابل هي الاصل ، ومقدارها ، على ما ارى ، توقيفي ، لان الاحاديث الصحيحة صريحة فيه : موطأ مالك ج ٤ ص ١٧٥ ؛ النسائي ج ٨ ص ٥٨ ؛ ابو داود ج ٦ ص ٣٨١ ؛ ابن ماجة ج ٢ ص ١٣٧ . اما مقاديرها من الاصناف الاخرى فقد لوحظ فيها تعادلها في القيمة مع دية الابل ، يدل على ذلك ان عمر بن الخطاب ، عندما استخلف ، خطب في الناس ، فقال : الا ان الابل قد غلت ، ففرضها على اهل الذهب الف دينار ، وعلى اهل الورق اثني عشر الف .. الخ : نيل الاوطار ج ٧ ص ٧٩ ؛ المغني ج ٧ ص ٧٥٩ . وعلى هذا ، ارى ، ان تكون الديات الشرعية ، عند تقنينها ، مائة من الابل او قيمتها من النقود ، كما انه يجوز الاخذ براي المالكية وهو فرض الدية في كل بلد مما هو غالب عند اهله من ابل او ذهب او فضة حسب المقادير الواردة بها الاثار : الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٣٠ ؛ كتاب البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٣٥٣ ، وهذا الراي وجيه لان الالتزام بالمقادير الواردة بها الاثار يمنع من « التنازع والاختلاف في قيمة الابل الواجبة » كما يقول ابن قدامة : المغني ج ٧ ص ٧٦٣ .

الفصل الثالث

جرائم الاعتداء على مادون النفس وعقوباتهـا

تمهيــد :

٢٤٥ ـ جرائم الاعتداء على ما دون النفس اعتـداء على بـدن الانسان دون ان يترتب عليه ازهاق الروح وهي اربعة أنواع :

الاول ـ قطع الاطراف وما يجري مجراها كقطع اليد والرجل واللسان والشفه .

الثاني ـ اذهاب معاني الاطراف مع بقاء اعيانها مثل اذهاب سمع الانسان .

الثالث ـ الشجاج وهي الجراحات في الرأس والوجه .

الرابع ـ الجراح في سائر البدن (١) .

٢٤٦ ـ وعقوبات هذه الجرائم : القصاص ، الدية الكاملة ، « دية النفس » والأرش مقدرا كان أو غير مقدرا (٢) .

اولا ـ القصاص :

وقد ثبت وجوبه بالنص والاجماع . قال تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أنّ النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » . وجاءت السنة أيضا بوجـوب القصاص فيما دون النفس كما في قصة الربيع بنت النضر التي كسرت

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٦ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٧ . والارش اسم للمال الواجب فيمـا دون النفس : الميداني ج ٢ ص ٤٤ ، فهو بهذا الاعتبار يشمل الدية الكاملة الواجبة فيما دون النفس .

ثنية جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالاقتصاص منها [١].

وشروط القصاص هي شروط القصاص في النفس ، مع شرطين آخرين هما : «أولا» المماثلة بين محل الجريمة وبين ما يقابلها في الجاني المراد الاقتصاص منه في هذا المحل . « ثانيا » أن يكون المثل ممكن الاستيفاء [٢].

ثانيا — الدية الكاملة :

وهذه تجب في قطع العضو الفرد أو الاثنين ان كان منه اثنان ، او باذهاب معناه مع بقائه صورة [٣] . ويشترط لوجوبها ان تكون الجريمة خطأ فيما في عمده القصاص ، واما ما لا قصاص في عمده فالعمد والخطأ فيه سواء [٤] .

ثالثا — الارش :

وهو مقدر وغير مقدر ، فالارش المقدر هو ما قدر الشارع

---

(١) المغني ج ٧ ص ٧٠٢ ، ٧٠٣ ، ٧٠٧ ، تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٩١ وما بعدها .
والاية الكريمة وردت في سورة المائدة ج ٦ الاية ٤٥ . وهي وان كانت تبين بعض ما شرع لبني اسرائيل الا أنه قد قرر ذلك في حقنا كما في حديث الربيع الذي ذكرناه : الروضة الندية شرح الدرر البهية ج ٢ ص ٣٠٣ ، القصاص ج ١ ص ١٣٩ — ١٤١ .
وقد تعلق بهذه الاية من أخذ بشرع من قبلنا وانه شرع لنا ، والمقصود بشرع من قبلنا ما شرعه الله تعالى للامم السابقة واخبرنا به ولم يثبت في الكتاب او في السنة وجوبه علينا او نسخه في حقنا . وقد قال بشرع من قبلنا ، اكثر الشافعية واكثر الاحناف : ارشاد الفحول ص ٢١٠ — ٢١١ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٣٥ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٧ ، الدر المختار ج ٥ ص ٤٨٥ . ويراجع في شروط القصاص عند غير الحنفية : المغني ج ٧ ص ٧٠٣ ، ٧٧٧ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٥ ، ٣٠ ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٣) المغني ج ٨ ص ١ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢ ، الكاساني ج ٧ ص ٣١١ — ٣١٢ ؛ سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠٣ .

(٤) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٣ .

مقداره كما في قطع اليد، اذ فيها نصف الدية . وقلع السن وفيها ونصف عشر الدية [1] .

ويشترط لوجوبه أن تكون الجريمة خطأ فيما في عمده القصاص ، فان كانت مما لا قصاص في عمده فالعمد والخطأ فيه سواء [2]. ويرى الاحناف والشافعية ان أرش المرأة على النصف من أرش الرجل ، كما ان ديتها في النفس على النصف من دية الرجل . وعند الحنابلة ومالك والشيعة الامامية يتساويان الى حد ثلث الدية فان جاوز الثلث فأرشها على النصف من أرش الرجل [3] .

اما الأرش غير المقدر ، فالاصل ان ما لا قصاص فيه من الجرائم على مادون النفس وليس فيه أرش مقدر ففيه حكومة ، مثل كسر العظام فان فيها حكومة عدل الا السن خاصة [4] . ومعنى الحكومة هو أن يقدر الضرر بمبلغ من المال منسوبا الى الدية الكاملة كعشرها او خمسها ، بأن يقوّم القاضي المجني عليه كأنه عبد لاجناية به ثم يقومه بعد الجناية وبرئها وينسب الفرق بين القيمتين الى قيمته قبل الجناية ، وبهذه النسبة من ديته يكون قدر الحكومة . فلو كانت قيمته قبل الجناية عليه مائة دينار ، وقيمته بعد الجناية وبرئها تسعون دينارا فان فيه عشر الدية وهذا هو مقدار الحكومة [5] .

واختلف الفقهاء فيما تحمله العاقلة من الديات والاروش ، فعند الاحناف يجب ان يكون الارش نصف عشر الدية الكاملة فصاعدا ، وعند الحنابلة ثلث الدية الكاملة ، وعند مالك ثلث دية الجاني او المجني

(١) المغني ج ٨ ص ٢ .
(٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٣ .
(٣) الام ج ٦ ص ٩٢ ، المغني ج ٧ ص ٧٩٧ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٥ ؛ سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠٢ ؛ الكاساني ج ٧ ص ٣٢٢ .
(٤) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٣ .
(٥) شرح الخرشي ج ٨ ص ٣٤ ، الماوردي ص ٢٢٦ - ٢٢٧ ؛ المختصر النافع ص ٣٢٥ ، المغني ج ٨ ص ٥٧ — ٥٨ : وهذا قول اهل العلم كلهم لا نعلم فيه خلافا .

عليه ، وعند الشافعي والشيعة الامامية تحمل العاقلة ما قل أو كثر دون تقيد بمقدار معين [١] .

وتتكلم فيما يلي عن عقوبات هذه الجرائم بالنسبة للذميين والمستأمنين ، وبالنسبة للمسلمين أيضا اذا ارتكبوا هذه الجرائم ضد الذميين والمستأمنين . فنتكلم عن عقوبة القصاص في المبحث الاول ، ثم عن الدية والأرش في المبحث الثاني ، ثم نبين ما عليه العمل الآن في المبحث الثالث .

المبحث الأول

القصاص

٢٤٧ — مذهب الحنفية :

الاصل عند الحنفية ، ان الاطراف ، أي ما دون النفس ، يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية للنفس كالاموال ، وحيث ان قيمة اطراف للمسلم وبالعكس . وكذلك يقتص من المستأمن للمسلم وللذمي فيما دون النفس متحققة ، فيجب القصاص بينهما ، فيقتص من الذمي للمسلم وبالعكس . وكذلك يقتص من المستأمن للمسلم وللذمي وللمستأمن لتحقق المماثلة بين اطرافهم لتساويهم في أرش الجناية على ما دون النفس [٢].

(١) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٢ — ٣٢٣ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ، ٩٨ ، كشاف القناع ٤ ص ٣٨ ، المغني ج ٧ ص ٧٦٨ ، ٧٧٧ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤٤ — ٤٥ ، المدونة الكبرى ، طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ ، ج ٤ ص ٤٨٠ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، كتاب الديات .

(٢) الزيلعي ج ٦ ص ١١٢ ، رد المحتار ج ٥ ص ٤٨٨ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٦ — ٥٧ .

ولكن لا يقتص من الذمي ولا من المسلم للمستأمن ، لانهم وان تساووا في الأرش فيما دون النفس ، مما يجعل المماثلة فيما بينهم متحققة ، مما يستلزم القصاص ، الا ان المستأمن ليس بمعصوم الدم على التأبيد ، اذ أن عصمته موقته ، بخلاف المسلم والذمي اذ أن عصمتهما مؤبدة ، فلا تتحقق المساواة بينه وبينهما في العصمة ، والمساواة في العصمة شرط لوجوب القصاص على الجاني فيما دون النفس ، وعلى هذا لا يقتص من الذمي ولا من المسلم للمستأمن وانما له عليهما الأرش [١] .

٢٤٨ — مذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية وغيرهم :

والاصل عندهم ان من يثبت له القصاص في النفس يثبت له القصاص فيما دون النفس ، ومن لا يثبت له القصاص في النفس لايثبت له القصاص فيما دون النفس . أي أن من يقتص له في النفس يقتص له فيما دون النفس ، وما لا فلا [٢] . وحيث أنهم يرون قتل الذمي والمستأمن بالمسلم وبالذمي وبالمستأمن [٣] ، ولا يرون قتل المسلم بغير المسلم [٤] ، فان القصاص فيما دون النفس يجب على الذمي والمستأمن للمسلم وللذمي وللمستأمن ، ولا يجب على المسلم لغير المسلم ، ذميا كان أو مستأمنا .

---

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٩٥ . الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٣ ص ١٠٣ ، ١١٢ ، رد المحتار ج ٥ ص ٤٨٨ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٦ .

(٢) المغني ج٧ ص ٦٧٩—٦٨٠ ، ٧٠٣ ، ٧٠٧ ، كشاف القناع ج٣ ص ٣٤٧ ، الام ج ٦ ص ٤٠ ؛ فتح العزيز ج ١٥ ص ٢١١ ؛ المهذب ج٢ ص١٩٠ ، المحلى ج١٠ ص ٣٥٢ ، شرح الازهار ج٤ ص ٣٨٥ — ٣٨٩ ، الشرح الكبير للدردير ، ج٤ ص ٢٥٠ ؛ والشرح الصغير للدردير ج٢ ص ٣٥٨ ، سفينة النجاة ج٢ ص ٩٤ ؛ المختصر النافع ص ٣١٤ .

(٣) ص ٢٤٨ — ٢٥٢ من هذه الرسالة .

(٤) ص ٢٥٤ من هذه الرسالة .

الا ان الشيعة الامامية والمالكية لهم رأى خاص في الاقتصاص من غير المسلم للمسلم .

فالشيعة الامامية يرون الاقتصاص من الذمي للمسلم مع أخذ المسلم من الذمي فاضل ما بين ديتيهما [١] . ويمكن أن يقاس المستأمن على الذمي ، فيكون مقتضى مذهبهم الاقتصاص من المستأمن للمسلم مع أخذ المسلم منه فاضل ما بين ديتيهما .

وأما المالكية فيرون عدم وجوب القصاص على غير المسلم في جنايته على المسلم فيما دون النفس بحجة عدم المماثلة بينهما ، لان أرش المسلم يختلف عن أرش غير المسلم اذ هو أكثر منه . وهذا هو المشهور عند المالكية ، وفي مذهبهم قول مصحح بالاقتصاص للمسلم من غير المسلم [٢] .

٢٤٩ — القول الراجح :

وقول الحنفية هو ما نرجحه في مسألة القصاص فيما دون النفس عدا قولهم بعدم الاقتصاص من المسلم والذمي للمستأمن بحجة عدم المساواة في العصمة . لان عصمة المستأمن ثابتة وقت الجناية عليه وهذا يكفي لثبوت مساواته في العصمة مع الجاني المسلم أو الذمي ، فينبغي الاقتصاص له منهما .

---

(١) سفينة النجاة ج٢ ص ٩٤ : يثبت القصاص في الطرف لمن يثبت له القصاص في النفس .. ويقتص المسلم من الذمي ويأخذ فاضل مابين الديتين . ولا يقتص للذمي من المسلم . وقصاص الطرف هو القصاص فيما دون النفس وان لم يتعلق بالاطراف المشهورة كاليد ونحوها .

(٢) شرح الخرشي ج٨ ص ١٤ : « والعبد والكافر اذا قطع يد الحر المسلم لا قصاص على العبد والكافر وان كان يقتص له منهما في النفس . هذا هو المشهور في المذهب ، وقال ابن عبدالحكم : هو مخير في القصاص او الدية . وقيل في القصاص وصحح . وانما لم يقتص الكامل من الناقص في غير النفس لان جرحه معه كاليد الشلاء مع الصحيحة ». وفي ص ١٦ منه : واليد الشلاء لا تقطع بالصحيحة لعدم المماثلة ولو رضي صاحب الصحيحة ...» .

وأما قول الجمهور بعدم الاقتصاص من المسلم للذمي وللمستأمن بناء على أصلهم الذي ذكرناه وهو أن من لا يثبت له القصاص في النفس لا يثبت له القصاص فيما دون النفس ، فيمكن الرد عليه بأن المسلم يقتل بالذمي وبالمستأمن كما رجحنا [١] ، فينبغي أن يقتص منه لهما بناء على أصلهم •

واما قول الشيعة الامامية بالاقتصاص من الذمي للمسلم مع اخذ المسلم منه فاضل ما بين ديتيهما ، فهذا يشبه قولهم أن الذمي يقتل بالذمية مع الرد الى أوليائه فاضل ديته عن ديتها ، وقد بينا ضعف هذا القول [٢] • كما أنه من غير المألوف في الشريعة اجتماع القصاص والأرش على الجاني ، وقد أجمع العلماء على ان الدية لا تجتمع مع القصاص [٣] • وهذا الاجتماع وان كان في القصاص في النفس الا أنه يمكن ان يقاس عليه القصاص فيما دون النفس ، فلا يجتمع مع الأرش •

واما قول المالكية ، على المشهور في مذهبهم ، ان المسلم لا يقتص له من غير المسلم بحجة عدم المماثلة ، لاختلافهما في الارش ، فمردود بان القصاص من حق المجني عليه ، فيجب ان يمكّن منه اذا اراده ولو ان أرش الجاني أقل من ارش المجني عليه •

المبحث الثاني

الدية والارش

٢٥٠ — قال الفقهاء الاسلام ليس بشرط في وجوب الدية في النفس لا في جانب الجاني ولا في جانب المجني عليه [٤] • وكذلك

(١) ص ٢٦٨ — ٢٧٣ من هذه الرسالة .
(٢) ص ٢٤٩ من هذه الرسالة .
(٣) تفسير القرطبي ج٢ ص ٢٤٨ .
(٤) ص ٢٧٣ من هذه الرسالة .

الحال بالنسبة لوجوب الدية الكاملة او الارش في الجنايات على مادون النفس ، فلا يشترط الاسلام لا في الجاني ولا في المجني عليه .

٢٥١ — مقدار الدية الكاملة والارش :

اذا لزمت المسلم او الذمي او المستأمن الدية الكاملة بسبب الاعتداء على مادون النفس ، كما لو قطع احدهم يدي انسان معصوم الدم ، فان الدية يتحدد مقدارها بالنظر الى صفة المجني عليه من كونه مسلما او غير مسلم . فان كان المجني عليه مسلما فديته دية المسلم في النفس [١] ، وان كان غير مسلم فديته دية غير المسلم في النفس [٢]

اما اذا كانت الجناية على ما دون النفس تستوجب الارش المقدر ، كما في قطع اليد او الاصبع او قلع السن ، فان الارش يتحدد بالنسبة الى الدية الكاملة للمجني عليه مسلما كان أو غير مسلم ، لان القاعدة عند الفقهاء هي ان اروش جراحات غير المسلم تكون بالنسبة الى ديته ، كما ان اروش جراحات المسلم تكون بالنسبة الى ديته . وهذا ما صرح به الشافعية والحنابلة والمالكية والاباضية [٣] . وهو مذهب الحنفية أيضا الا انه لا اختلاف عندهم بين أرش المسلم وغير المسلم لتساوى ديتهما في النفس ، بل قالوا أن ارش المسلم وغير المسلم سواء [٤] .

ومذهب الشيعة الامامية كمذهب من ذكرنا ، الا انهم صرحوا بارش الذمي ولم يذكروا المستأمن ، وقصروا وجوب الارش للذمي اليهودي

(١) ص ٢٤٦ من هذه الرسالة .

(٢) ص ٢٧٥ — ٢٧٦ من هذه الرسالة .

(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ١٢ : « وجراحاتهم ، اي اهل الكتابين ، من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم ». وشرح منتهى الارادات ج٤ ص ١٩ : «وجراح المجوس وعابد وثن وغيره من المشركين واطرافهم بالنسبة الى ديته ، كما أن جراح المسلم واطرافه بالحساب من ديته » . وشرح الخرشي ج٨ ص ٣٢ : « ودية جراح غير المسلم كجراح المسلم من ديته » . مغني المحتاج ج ٤ ص ٥٧ ، ٥٨ شرح النيل ج٨ ص ٥٦ .

(٤) الهداية ج٨ ص ٢٧٢ .

والنصراني والمجوسي فقط [١].

اما الأرش غير المقدر « الحكومة » فمن طبيعته أنه يكون بالنسبة الى دية المجني عليه الكاملة على ماقاله الفقهاء في معنى الحكومة [٢].

وما قلناه عن اختلاف الفقهاء في ارش المرأة وهل تساوي ارش الرجل أم لا تساويه [٣]، يقال هنا أيضا بالنسبة الى ارش النساء غير المسلمات ، وهذا ما صرح به الحنابلة والمالكية والشيعة الامامية [٤].

المبحث الثالث

ما عليه العمل في الوقت الحاضر

٢٥٢ — أحكام الفقه الاسلامي صريحة في وجوب القصاص فيما دون النفس اذا ما تحققت شروط القصاص على اختلاف بين الفقهاء في هذه الشروط . والواقع ان الشريعة الاسلامية في تشريعها القصاص في هذه الجرائم سارت على نهجها في مبدأ القصاص . فالاصل الذي أخذت به هو « وجزاء سيئة سيئة مثلها » [٥] . فيجب أن ينال

(١) شرح اللمعة ج٢ ، من كتاب الديات .: ودية الذمي يهوديا كان او نصرانيا أو مجوسيا ثمانمائة درهم . ودية الذمية نصفها اي اربعمائة درهم ، ودية أعضائهما وجراحاتهما من ديتهما كدية أعضاء المسلم وجراحاته من ديته . . . ولا دية لغير الثلاثة من أصناف الكفار .

(٢) ص ٢٩٧ من هذه الرسالة .

(٣) ص ٢٩٧ من هذه الرسالة .

(٤) المغني ج٧ ص ٧٩٧—٨٩٨ : « وتساوي جراح المراة جراح الرجل الى ثلث الدية فان جاوز الثلث فعلى النصف .. فأما دية نساء سائر أهل الاديان ، فقال اصحابنا تساوي دياتهن ديات رجالهن الى الثلث» . شرح الخرشي ج٨ ص ٤٣ : « تساوي المراة الرجل من أهل دينها الى ثلث ديته فترجع حينئذ لديتها ». سفينة النجاة ج٢ ص ١٠٢ : «دية الذمي ثمانمائة درهم ودية الذمية نصفها ، وتتساوى دية الرجل منهم والمراة في الجراحات والاطراف الى ان تبلغ ثلث الدية فتتنصف كالمسلم» .

(٥) سورة الشورى ج٢٥ الآية ٤٠ .

الجاني من الجزاء مثل ما فعله هو في المجني عليه كلما كانت المماثلة ممكنة .

وأحكام الفقه الاسلامي ، طبقا للمذهب الحنبلي ، والتي ذكرناها ، هي المطبقة الان في العربية السعودية بالنسبة للمسلمين ، ولغير المسلمين سواء كانوا مواطنين أو اجانب .

أما في الجمهورية العربية المتحدة وكذا في العراق ، فالمطبق فيهما في الجرائم على مادون النفس هو ما نصت عليه النصوص العقابية في هاتين الدولتين ، وليس في هذه النصوص عقوبة القصاص في هذه الجرائم وانما فيها الاشغال الشاقة أو السجن [1] ، حسب جسامة الجريمة ونوع الاعتداء وما يفوّته الجاني على المجني عليه من اعضائه ومنافعها [2] . والواقع أن هذه العقوبات التي نص عليها القانون الجنائي في العراق وفي الجمهورية العربية المتحدة تصلح ان تكون عقوبات تعزيرية عند عدم توافر شروط القصاص طبقا للفقه الاسلامي .

والذي اراه ، في موضوع الجرائم على ما دون النفس ، وجوب الاخذ بالاحكام الفقهية فانها اكثر ردعا وزجرا للمعتدين فضلا عن انها واجبة التطبيق شرعا . واذا قيل ان فيها قسوة فالجواب ان الاعدام

(١) السجن عرفته المادة ١٦ من قانون العقوبات المصري بأنه « وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن او خارجه في الاعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه ولا يجوز ان تنقص تلك المدة عن ثلاث سنين ولا ان تزيد على خمس عشرة سنة الا في الاحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا ». اما الحبس فقد عرفته المادة ١٨ من قانون العقوبات المصري بقولها : « عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في احد السجون المركزية او العمومية المدة المحكوم بها عليه ، ولا يجوز ان تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد عن ثلاث سنين الا في الاحوال المنصوص عليها قانونا ».

(٢) انظر المواد ٢٣٦ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، من قانون العقوبات في الجمهورية العربية المتحدة .
وانظر المواد ٢١٧ ، ٢٢١ ــ ٢٢٨ من قانون العقوبات البغدادي في العراق .

اكثر قسوة ومع هذا لا يزال مأخوذا به في التشريعات الوضعية ، وانه اذا جاز ازهاق روح الانسان وتفويت الحياة عليه لازهاقه روح غيره فلم لا يجوز ان يفوّت على هذا الجاني جزء من بدنه وقد فوت هو باعتدائه مثله على غيره ؟ والجزء على كل حال أهون من الكل ؟. كما اننا لابد ان نقول هنا ان القصاص فيما دون النفس لا يتحقق غالبا لتعسر تحقق شروطه مما يجعل الغالب في هذه العقوبة التخويف وقلة التنفيذ .

٢٥٣ — أما فيما يخص الديات والاروش في جرائم الاعتداء على مادون النفس ، فان الاحكام الفقهية المتعلقة بها لاتزال مطبقة في العربية السعودية حسب المذهب الحنبلي .

اما في العراق والجمهورية العربية المتحدة فلا يعمل بما قرره الفقه الاسلامي بخصوص الديات والاروش وانما يؤخذ بنظام التعويض على النحو الذي فصلناه في بحث جرائم الاعتداء على النفس [١] .

---

(١) فقرة ٢٤٣ ص ٢١٣ — ٢١٤ من هذه الرسالة .

الفصل الرابع

في جرائم الاعتداء على الاعراض

نقسم هذا الفصل الى مبحثين : الاول ــ للكلام عن جريمة الزنى وهي من جرائم الاعراض . والثاني ــ للكلام عن جريمة القذف وهي أيضا من جرائم الاعراض .

المبحث الاول

جريمة الزنى

تمهيد :

٢٥٤ ــ جريمة الزنى من جرائم الحدود . وهي فعل محرم بالنص ، قال تعالى « ولا تقربوا الزني انه كان فاحشة وساء سبيلا » وقد عرف المالكية الزنى بانه « كل وطء وقع على غير نكاح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين » (١) .

٢٥٥ ــ عقوبة الزنى :

أ ــ الجلد : والاصل فيه قوله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... » (٢) . وجاءت السنة مقررة عقوبة

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٢ . وآية « ولا تقربوا الزنى ... » في سورة الاسراء جـ ١٥ ، الآية ٣٢ . وهناك تعاريف اخرى لجريمة الزنى انظر : الكاساني جـ ٧ ص ٣٣ ، الماوردي ص ٢١٥ ، ابو يعلي الحنبلي ص ٢٤٧ .

(٢) سورة النور جـ ١٨ ، الآية ٢ .

الجلد ، من ذلك ما روى عن النبي « ص » انه جلد رجلا ، أقرّ بزناه ، مائة جلدة وكان بكرا [١] . ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب الجلد على الزاني اذا لم يكن محصنا [٢] .

ب ــ الرجم : وقد ثبت بقول الرسول « ص » وأجمع عليه الصحابة والمسلمون ولم يشذ عن هذا الاجماع الا الخوارج [٣] . ومعناه رجم الزاني بالحجارة أو ما يقوم مقامها حتى الموت [٤] . وأجمع أهل العلم على أن الرجم لا يجب الا على المحصن [٥] . وللاحصان شروط منها : الاسلام . الا ان هذا الشرط ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، فالحنابلة والشافعية والشيعة الامامية والامام ابو يوسف لا يشترطونه ، والمالكية وابو حنيفة وصاحبه الامام محمد يجعلونه شرطا في الاحصان [٦] .

جـ ــ التغريب : وهو نفي الزاني عن البلد الذي زنى فيه الى بلد غيره [٧] . وقد اختلف العلماء في وجوبه مع الجلد . فعند الحنفية لا تغريب اصلا مع الجلد الا اذا رأى الامام المصلحة فيه فيكون تعزيرا لا حدا ، وهذا مذهب الزيدية أيضا . وعند الشافعي والحنابلة لا بد من تغريب الزاني غير المحصن لمدة سنة مع جلده سواء أكان ذكرا أم

(١) تيسير الوصول جـ ٢ ص ٧

(٢) المغني جـ ٨ ص ١٦٦ ــ ١٦٧ ؛ المبسوط جـ ٩ ص ٣٦ . الكاساني جـ ٧ص ٣٩ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ص ٣٦٣ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ١٤٠ــ١٤١ . المغني جـ ٨ ص ١٥٧ ، المبسوط جـ ٩ص ٣٦ .

(٤) الماوردي ص ٢١٥

(٥) المغني جـ ٨ص١٦١ . ومن وجب عليه الرجم لا يجلد عند جمهور الفقهاء : بداية المجتهد ج٢ ص ٣٦٣ ــ ٣٦٤ .

(٦) الكاساني جـ ٧ص ٣٧ ــ٣٨ ، المبسوط جـ ٩ ص ٩٥ ، بداية المجتهد ص ٣٦٤ ، المغني جـ ٨ ص ١٦٣ ، الماوردي ص ٢١٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٤٨ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٦٥ .

(٧) المغني جـ ٨ ص ١٦٩ .

انثى • وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي [١].

٢٥٦ ــ واللواط يدخل في مفهوم الزنى عند الجمهور كالمالكية والشافعية والحنابلة وابي يوسف ومحمد صاحبي ابي حنيفة • وعند أبي حنيفة لا يدخل في مفهوم الزنى ولا يجب فيه الحد وانما فيه التعزير [٢] •

وتتكلم فيما يلي ، في مطالب متتالية ، عن عقوبة الزنى بالنسبة للذمي ، والمستأمن ، والمسلم اذا زنى بذمية أو مستأمنة ، ثم نبين ما عليه العمل الآن •

المطلب الأول

عقوبة الذمي على جريمة الزنى

٢٥٧ ــ مذهب الحنفية والحنابلة والشافعية والظاهرية والزيدية :

يرى فقهاء هذه المذاهب وجوب اقامة حد الزنى على الذمي ، وحجتهم ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين الذين زنيا ، مما يدل على وجوب اقامة حد الزنى على الذمي كالمسلم • كما ان الذمي التزم بعقد الذمة احكام الاسلام في المعاملات والعقوبات ، وصار بعقد الذمة من اهل دار الاسلام فتقام عليه الحدود كلها الا حد الخمر لانه لا يعتقد حرمة شربه ، بل ان الظاهرية يرون اقامة حد الخمر عليه

(١) الهداية جـ ٤ ص ١٣٤ ، الدر المختار جـ ٣ ص ٢٠٣ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٣ص ١٧٣ ــ ١٧٤ ، المبسوط جـ ٩ ص ٤٤ــ٤٥ ، الماوردي ص ٢١٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٤ ــ ٣٦٥ ، المغني جـ ٨ص ١٦٧ــ١٦٨ ، المحلى جـ ٤ ص ٢٠٥ ، المحلى جـ ١١ ص ١٥٨ــ١٦٠ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ١٤٨ .

(٢) الشرح الصغير للدردير جـ ٢ص ٣٩٠ ، ٣٩٣ ، الكاساني جـ٧ ص٣٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٥٦ ــ ٥٧ .

ايضـا [1] .

٢٥٨ ـ مذهب الشيعة الامامية :

اذا زنى الذمي بمسلمة مطاوعة أو مكرهة ، عاقدا عليها أم لا ، فعقوبته في هذه الحالة القتل ولا يسقط عنه باسلامه ، اما اذا زنى الذمي بذمية او كافرة غير ذمية فللامام اقامة الحد عليه بموجب شرع الاسلام او دفعـه الى أهل دينه ليقيمـوا عليـه العقوبة حسـب معتقدهـم [2] .

٢٥٩ ـ مذهب المالكيـة :

عند المالكية لا يقام حد الزنى على غير المسلم وانما يدفع الذمي الزاني الى أهل دينه ليقيموا عليه ما يعتقدونه من العقوبة [3] . واحتج مالك بما روى عن عمر وعلي انهما سئلا عن ذميين زنيا فقالا : يدفعان الى أهل دينهما [4] . وقـد رد الحنفية على قول مالك : بأن رسول اللـه

(١) الهداية جـ ٤ ص ١٥٤ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٧ ، شرح الكنز للزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٣ص ١٨٢ـ١٨٣ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٥٤ ـ٥٥، الام للشافعي جـ ٤ص ١٠٩ ، المهذب جـ ٢ص ٢٧٣ ، فتح العزيز جـ ٤ ص ١٩٩ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ١٤٢ ، ٤٦٢ .
وحديث رجم اليهوديين رواه البخاري جـ ١٠ ص ١١ ، مسلم جـ٧ ص ٢٤٤ ـ٢٤٦ ، الطيالسي جـ١ ص ٣٠١ .

(٢) سفينة النجاة جـ٢ص ٦٤ ، شرح اللمعة جـ٢ :« ... وكذا يثبـت الحد بالقتل للذمي اذا زنى بمسلمة مطاوعة او مكرهة عاقدا عليهـا أم لا» . وجواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ٢٨٧ هـ : « ولو زنى الذمي بذمية او كافرة غير ذمية دفعه الامام الى اهل نحلته ليقيموا الحد على معتقدهم ، وان شاء اقام الحد بموجب شرع الاسلام بـلا خلاف أجده فيه . واذا زني بمسلمة فعلى الامام قتله ».

(٣) المدونة الكبرى طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ ج ٤ ص ٣٨٤ : « ارايت لو أن اربعة مسلمين شهدوا على رجل مسلم انه زنى بهـذه الذمية ، أيحد المسلم وترد الذمية الى اهل دينها أم لا في قول مالك، قال : نعم ترد الى اهل دينها عند مالك ويحد المسـلم » . والمواق جـ ٦ ص ٢٩٤ ، الزرقاني على مختصر خليل جـ ٨ ص ٧٥ .

(٤) المبسوط جـ ٩ ص ٥٧.

صلى الله عليه وسلم أقام حد الرجم على اليهوديين وكانا ذميين ، ولنا في رسول الله أسوة حسنة ، وبأن الذمي صار من أهل دار الاسلام والتزم أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات ، وهو يعتقد حرمة الزنى كما يعتقده المسلم فيقام عليه الحد كما يقام على المسلم تطهيراً لدار الاسلام من الفواحش (١) .

٢٦٠ — والراجح من أقوال الفقهاء وجوب إقامة حد الزنى على الذمي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين الذين زنيا ، وهذا يدل على ان الذمي يحد حد الزنى (٢) . ولا أرى دفعه الى أهل ملته كما قال بعض الفقهاء ، لأن الجرائم تهم الدولة الاسلامية وتحرص على مكافحتها ، ومن واجبات الإمام اقامة الحدود الشرعية على من في دار الاسلام فكيف يصح دفع المجرم الى جهة غير مسؤولة لايقاع العقاب عليه ؟.

المطلب الثاني

عقوبة المستأمن على جريمة الزنى

٢٦١ — يرى الإمام أبو حنيفة وصاحبه الامام محمد عدم إقامة حد الزنى على المستأمن ، لأن الأصل عندهما ان المستأمن لا تقام عليه الحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنى والسرقة وقطع الطريق . وعند ابي يوسف تقام الحدود كلها ، ومنها حد الزنى ، على المستأمن إلا حد الشرب .

وحجة ابي حنيفة ومحمد هي ان المستأمن ليس من أهل دارنا ولم يلتزم بالأمان الموقت جميع أحكامنا ، بل التزم منها ما يرجع الى حقوق العباد فقط ، لأن دخوله دار الاسلام كان لقضاء حاجته وهي لا تستلزم إلا التزامه بالأحكام التي ترجع الى حقوق العباد ، ولهذا تقام عليه

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ .
(٢) المبسوط ج ٩ ص ٥٧ .

العقوبات التي هي من حقوق العباد كالقصاص وحد القذف ، واما حقوق الله تعالى ، ومنها حد الزنى فلا تلزمه لأنه لم يلتزمها ، ولهذا لا تضرب عليه الجزية ولا يمنع من الرجوع الى دار الحرب مع ان منعه من الرجوع لئلا يكون حرباً علينا ، واجب علينا حقا لله تعالى ، فعلم بذلك انه حربي على حاله وان حكم الأمان لا يظهر بالنسبة الى حقوق الله تعالى ، وهذا بخلاف الذمي فإنه بالأمان صار من أهل دار الاسلام فتجري عليه أحكامها في الدنيا .

اما حجة ابي يوسف فهي ان المستأمن التزم أحكامنا في المعاملات مدة مقامه في دار الاسلام ، كما ان الذمي التزمها مدة عمره ، ولهذا يحد المستأمن حد القذف ويقتل قصاصاً ، فيجب أن يقام عليه حد الزنى أيضاً . ثم ان المستأمن يعتقد حرمة الزنى لأنه حرام في الأديان كلها ، وقد تمكن الإمام من إقامة الحد عليه لأنه في دارنا ، فيجب أن يقيم هذا الحد عليه ، لأن الحدود الشرعية تقام صيانة لدار الاسلام من الفساد ، فلو قلنا لا تقام على المستأمن ، مع قدرة الإمام على إقامتها لكان ذلك من الاستخفاف بالمسلمين ، وما أعطيناه الأمان ليستخف بالمسلمين [١] .

وقد وافق الإمام مالك والحنابلة أبا حنيفة اذا كان زنى المستأمن بغير مسلمة . اما اذا كان زناه بمسلمة فالواجب عندهم قتله لانتقاض أمانه بما فعل ولا يجب مع القتل حد سواه . ومذهب الشافعية ، على المشهور عندهم ، كمذهب ابي حنيفة لأن حد الزنى من حقوق الله ، والمستأمن لم يلتزم حقوق الله ، ولكن اذا شرط عليه بعقد الأمان الكف عن الزنى ، فخالف وزنى ، فإن الحد يقام عليه [٢] .

---

(١) شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٥ — ٢٠٧ ، المبسوط جـ ٩ ص ٥٥ — ٥٦ ، الهداية وشرح العناية وفتح القدير جـ ٤ ص ١٥٤ — ١٥٦ ، شرح الكنز للزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٣ ص ١٨٢ — ١٨٣ .

(٢) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٩٣ المغني جـ ٨ ص ٢٦٨ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٥٥ ، شرح منتهى الارادات جـ ٤ ص ٧٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٧ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٨٠ — ٢٨١ ، فتح العزيز جـ ١٤ ص ٢٤٦ ، الام جـ ٧ ص ٣٢٦ .

ووافق أبا يوسف ، في مذهبه ، الإمام الأوزاعي والزيدية والشيعة الامامية اذا كان زنى المستأمن بغير مسلمة ، أما اذا كان زناه بمسلمة فالواجب قتله [١] .

٢٦٢ — والراجح ، كما أراه ، هو القول بإقامة حد الزنى على المستأمن ، لأن الزنى محرم في جميع الأديان والشرائع ، وضرره يعم الجماعة كلها ويدنس دار الاسلام ، وهذه الأضرار والمفاسد لا تنتفي اذا كان الزاني مستأمناً . والأحاديث المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والتي فيها إقامة حد الزنى على الذمي ، تدل على ان المستأمن يقام عليه الحد أيضاً لأنه ملحق بالذمي بجامع الكفر بينهما [٢] . والشريعة الاسلامية الأصل فيها العموم ، كما قلنا ، فتطبق كل ما أمكن التطبيق ، وتطبيقها ميسور في دار الاسلام لثبوت ولاية الإمام على من فيها فيجب أن تطبق العقوبات الشرعية على من يرتكب الجرائم في دار الاسلام ، مسلماً كان أو غير مسلم . اما القول بأن حد الزنى من حقوق الله تعالى ، وان المستأمن لم يلتزم من الأحكام ما يرجع الى حقوق الله تعالى ، فقول لا يصلح لاعفاء المستأمن من عقوبة الزنى ، لأن حق الله هو حق الجماعة ، كما يقول الأحناف أنفسهم ، وحق الجماعة أولى بالرعاية فلا يجوز التفريط فيه .

المطلب الثالث

عقوبة المسلم اذا زنى بذمية أو مستأمنة

٢٦٣ — لم يشترط الفقهاء لوجوب حد الزنى على المسلم ان يكون

---

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ١٤٢ ، الخلاف للطوسي جـ ٣ ص ٢٠٢ : المستأمن اذا دخل دار الاسلام ... وان زنى بمشركة وجب عليه الجلد ان كان بكراً والرجم ان كان محصناً ، وان زنى بمسلمة كان عليه القتل محصناً كان أو غير محصن .

(٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٩٣ .

زناه بمسلمة . وانما الذي اشترطوه ، لإقامة حد الزنى عليه ، هو ان يطأ الرجل إمرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة له في الوطء أو العقد [١] . وهذا في الحقيقة أمر مفهوم لأن الزنى حرام ولا يحل للمسلم أن يطأ إمرأة إلا بنكاح أو ملك يمين ، فلا يباح للمسلم أن يزني ، فإذا زنى ، اقيم عليه الحد سواء كان المزنى بها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة . ومع ذلك فقد صرح بعض الفقهاء بأن المسلم اذا زنى بمستأمنة حدّ حد الزنى [٢] .

المطلب الرابع

ما عليه العمل الآن فى عقوبة الزنى

٢٦٤ — في العربية السعودية تطبق على جريمة الزنى العقوبات الشرعية طبقاً للمذهب الحنبلي . أما في الجمهورية العربية المتحدة فقد هجرت هذه العقوبات الشرعية ، وشرع بدلها عقوبة الحبس في بعض حالات الزنى فقط ، لأن قانون العقوبات المصري « العربي » لا يعتبر كل وطء محرم زنى معاقبَ عليه ، وانما يعتبره زنى اذا حصل من أحد الزوجين ويعاقب عليه اذا حرك الدعوى الجنائية الزوج الآخر . أما فيما عدا ذلك فلا يعتبره زنى وانما يعتبره وقاعاً أو هتك عرض ، ويدخل اللواط في مفهوم هتك العرض . ولا يعاقب على الوقاع أو هتك العرض اذا وقع بالتراضي ، وانما يعاقب عليه اذا وقع بإكراه أو رضا المفعول به معيباً بأن لم يبلغ ثمانية عشر عاماً . ويعاقب القانون الرجل والمرأة في حالة الزنى ، ولا يعاقب إلا الفاعل في هتك العرض أو الوقاع ، لأن

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٨٣ : اذا وطيء رجل من اهل دار الاسلام محرمة عليه من غير عقد وغير ملك ولا شبهة ملك وهو بالغ عاقل مختار عالم بالتحريم وجب عليه الحد . والمغني جـ ٨ ص ١٨١ .

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ١٨٩ ، فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٥ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٣٩٠ .

القانون لا يعتبر الفعل جريمة ما دام المفعول به راضياً ، فإن كان رضاه منعدماً ، كما في الإكراه ، أو كان رضاه معيباً ، اعتبره القانون مجنياً عليه لا جانياً [١] . وما قلناه عن حكم جريمة الزنى في الجمهورية العربية المتحدة يقال أيضاً عن حكم هذه الجريمة في العراق [٢] .

وأساس الاختلاف بين الشريعة الاسلامية وبين القوانين الوضعية ، ومنها القانون المصري « العربي » والعراقي ، في مسالة الزنى ، هو ان الأخيرة تعتبر الزنى من المسائل الشخصية التي لا تمس مصلحة الجماعة ، فما دامت هذه الجريمة قد تمت عن تراض فإن القانون لا يهتم بها ولا يعتبرها جريمة إلا اذا كان أحد طرفي الجريمة زوجاً ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل لحق الزوج الآخر . اما الشريعة الاسلامية فإنها تعتبر الزنى من الجرائم المضرة بمصلحة الجماعة وتعتبرها اعتداء على كيان الأسرة التي هي أساس الجماعة ، ولهذا اعتبرت عقوبة الزنى من حقوق الله سبحانه وتعالى .

ونظرة الشريعة الاسلامية الى جريمة الزنى أسد وأصح من نظرة القوانين الوضعية اليها ، لأن الزنى جريمة خطيرة لا يصح اعتبارها من الأمور الشخصية التي لا تمس مصلحة المجتمع ، فهي تضر بمصلحته وتؤثر في كيان الأسرة التي هي الخلية الأولى في بناء المجتمع . وعلى أساس نظرة الشريعة هذه جاءت عقوبة الزنى مؤثرة رادعة كافية للزجر ومنع الإنسان من الوقوع في هذه الجريمة اذا ما دعته اليها نفسه ابتغاء لذة محرمة عاجلة .

واذا قيل ان هذه العقوبة لا تتفق وروح العصر وكرامة الإنسان ، فالجواب سهل ميسور ، ذلك ان المطلوب في كل عصر محاربة الرذيلة والفساد ، ولا يمكن أن يأتي عصر فاضل تنتفي فيه الحاجة الى محاربة

---

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ٢ ص ٣٤٦ . والمواد ٢٦٧ — ٢٧٩ من قانون العقوبات المصري « العربي » .

(٢) المواد من ٢٣٢ — ٢٤٠ من قانون العقوبات البغدادي .

الرذيلة والفساد . واما كرامة الإنسان فإن الزاني هو الذي أهدرها بفعله القبيح فليلق بعض جزاء ما قدمت يداه .

هذا وان « أغلب شراح القوانين اليوم يفكرون في العودة الى تقرير عقوبة الجلد ويسعون في وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ ، وقد اقترح فعلاً في فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدي الشديد التي تقع على الأشخاص » (١) . وعقوبة الجلد لا تزال مقررة في القانون الجنائي الانجليزي ، وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعاقب بها المسجونون (٢) .

ومن جميع ما تقدم تبين ان الجلد ، كعقوبة على جريمة الزنى ، تلائم هذه الجريمة وتصلح للتطبيق وتردع المجرمين فيجب الأخذ بها ووضعها موضع التنفيذ .

المبحث الثاني

جريمة القذف

تمهيـــد :

٢٦٥ ـ القذف شرعاً الرمي بالزنى أي نسبة الشخص الى الزنى بشروط معينة (٣) . وهو محرم بنص القرآن الكريم ويوجب الحد وهو الجلد ثمانون جلدة اذا ما توافرت شروط الجريمة ، قال تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون » (٤) . والنص وان ورد في المحصنات ، لكن الحكم يثبت في المحصنين أيضاً ، وعليه

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ج ١ ص ٦٣٦ ـ ٦٣٧ .
(٢) المرجع السابق ص ٦٣٨ .
(٣) الدر المختار جـ ٣ ـ ص ٢٣٠ ، الكاساني ج ٧ ص ٤٠ ، المغني ج ٨ ص ٢١٥ .
(٤) سورة النور جـ ١٨ الآية ٤ .

الاجماع [١] .

وترد شهادة المحدود بالقذف إلا اذا تاب فتجوز شهادته عند مالك والشافعية والحنابلة ، ولا تجوز أبداً عند أبي حنيفة ولو تاب [٢] .

٢٦٦ ـ شروط وجوب حد القذف :

يشترط لوجوب حد القذف شروط منها أن يكون القاذف بالغاً عاقلاً [٣] ، وأن يكون المقذوف محصناً رجلاً كان أو إمرأة [٤] . وشرائط الاحصان هي العقل والبلوغ والحرية والعفـة عن الزنى والاسلام [٥] . وعند الظاهرية الاسلام ليس بشرط ، محتجين بعموم قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ... الآية » فهذا عموم تدخل فيه الكافرة والمؤمنة [٦] ، أما حجة جمهور الفقهاء في أن الاسلام شرط في الاحصان فهي قوله تعالى « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم » والمحصنات هنا الحرائر ، والغافلات : العفائف عن الزنا ، والمؤمنات : المسلمات . فدلت الآية الكريمة على أن الإيمان شرط في الاحصان . وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » دل على أن الاسلام شرط في الاحصان [٧] .

---

(١) شرح الكنز للزيلعي جـ٣ ص ٢٠٠ ، تفسير القرطبي جـ ١٢ ص ١٧٢ . وانما خصت « المحصنات بالذكر مع دخول الرجال فى الحكم ، لأن القذف فيهن اشنع وانكر بالنفوس ، ومن حيث هن هوى الرجال . وحكى الزهراوي أن المعنى : والأنفس المحصنات ، فهي بلفظها تعم الرجال والنساء » : تفسير القرطبي جـ ١٢ ص ١٧٢ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٠ ، الكاساني جـ ٧ ص ٦٣ ، الماوردي ص ٢٢١ ، ابو يعلى ص ٢٥٤ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ٤٠ .

(٤) الهداية جـ ٤ ص ١٩٠ ، تفسير ابن كثير جـ ٣ ص ٢٦٤ .

(٥) المغني جـ ٨ ص ٢١٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٨ ، شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ٢٩٠ ، الماوردي ص ٢٢١ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٥٢ .

(٦) المحلى جـ ١١ ص ٢٦٨ .

(٧) شرح الكنز للزيلعي جـ ٣ ص ٢٠٠ ، الكاساني جـ ٧ ص ٤٠ — ٤١ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٥٢ ، وآية « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات ... الخ » وردت في سورة النور جـ ١٨ : الآية ٢٣ .

واذا لم تتوافر شروط القذف فلا يجب الحد ولكن يجب التعزير كما لو قال لذمية يا زانية أو قذف كافراً بالزنى (١) .

٢٦٧ — قذف الزوج زوجته :

اذا قذف الزوج زوجته بالزنى وطلبت الزوجة اقامة الحد عليه ، فعلى الزوج أن يلاعن (٢) إلا اذا أقام البينة على زنى زوجته ففي هذه الحالة يجب عليها الحد أي حد الزنى ولا يثبت اللعان بينهما ، قال تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أنّ لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين » (٣) . واذا نكل الزوج القاذف ولم يلتعن ، حد في قول الجمهور حد القذف . وقال أبو حنيفة لا يحد ويحبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد حد القذف . وان نكلت الزوجة وجب الحد عليها في قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة عليها الحبس حتى تلاعن ، وعند الحنابلة اذا نكلت الزوجة لم تحد وفي حبسها حتى تلاعن أو تقر روايتان (٤) .

ويشترط الحنفية لاجراء اللعان بين الزوجين ، أن يكونا مسلمين (٥) ولا يشترط غير الحنفية كالحنابلة والشافعية والظاهرية وغيرهم ، اسلام الزوجين لاجراء اللعان بينهما بل يجري سواء كانا

(١) الهداية جـ ٤ ص ٢١٣ ، المبسوط جـ ٩ ص ١١٩ — ١٢٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٢ .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ٢٤٧ . واللعان اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة ، والتي وردت في الآية الكريمة (والذين يرمون أزواجهم ...) ، أمام القاضي اذا قذف الزوج زوجته بالزنى ولا بينة له عليه .

(٣) الكاساني جـ ٣ ص ٢٤٠ ، والآيات وردت فى سورة النور جـ ١٨ : الآيات ٦ — ٩ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٩٩ ، الهداية وشرح القدير جـ ٣ ص ٢٥٠ — ٢٥١ ، أبو يعلى ص ٢٥٦ .

(٥) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤٧ .

مسلمين أو غير مسلمين [١] .

٢٦٨ ـ القذف بغير الزنى :

القذف بغير الزنى أو ما يمكن تسميته بالسب والشتم ، مثل يا خبيث أو يا ظالم أو يا خائن أو يا ديوث ونحو ذلك ، لا يجب فيه حد القذف وانما يجب فيه التعزير . لأن حد القذف انما يجب في القذف بالزنى صريحاً ، فاذا لم يجب الحد وجب التعزير ، لأن السب ايذاء للمسبوب [٢] . وقال بعض العلماء انما يجب التعزير اذا لم يكن المسبوب على الصفة التي شتم بها [٣] ، وقيد بعضهم هذا القول بما اذا كان المسبوب مجاهراً مشتهراً بما شتم به [٤] .

ونتكلم فيما يلي في مطالب متتالية عن جريمة القذف اذا ارتكبها ذمي أو مستأمن ، أو مسلم ضد ذمي أو مستأمن ، ثم نبين ما عليه العمل الآن في مطلب على حدة .

المطلب الأول

جريمة القذف من الذمي وعقوبتها

٢٦٩ ـ اذا قذف الذمي مسلماً أو مسلمة وتوافرت شروط الجريمة وجب على الذمي حد القذف ، لأن اسلام القاذف ليس بشرط في وجوب الحد على القاذف ، وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية

---

(١) المغني جـ ٧ ص ٣٩٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٤٣ ـ ٢٤٤ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٧٨ ، الأم جـ ٥ ص ٢٧٣ ، المحلى جـ ١٠ ص ١٤٣ ـ ١٤٤ .

(٢) المبسوط جـ ٩ ص ١١٩ ، الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ٢١٣ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي جـ ٢ ص ٢٦٧ ، المغني جـ ٨ ص ٢٢٣ ، ابو يعلى ص ٢٦٤ ، الماوردي ص ٢٢١ .

(٣) فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٣ .

(٤) رد المحتار جـ ٣ ص ٢٥٤ .

والشيعة الامامية والزيدية [١] . وعند الظاهرية يجب قتل الذمي القاذف لانتقاض ذمته إلا اذا أسلم فيمتنع القتل ويجب عليه الحد [٢] .

٢٧٠ ـ رد شهادة الذمي المحدود بالقذف :

من تتمة حد القذف رد شهادة المحدود . ولما كان للذمي شهادة على أهل الذمة وعلى المستأمنين عند الحنفية [٣] ، فان الذمي المحدود بالقذف ترد شهادته عند الأحناف [٤] . ولكن اذا أسلم قبلت شهادته على المسلمين وعلى غيرهم لأن شهادته هذه استفادها بعد الاسلام ، والنص القرآني الكريم أوجب رد شهادته القائمة وقت القذف ، وليست هذه الشهادة تلك الشهادة التي استفادها بعد الاسلام فلا تدخل تحت الرد [٥] .

٢٧١ ـ اذا كان المقذوف ذمياً أو مستأمناً :

اذا قذف الذمي ذمياً أو مستأمناً ، فلا حد عليه على رأي الجمهور لأن من شرط وجوب الحد على القاذف أن يكون المقذوف محصناً ، والاسلام شرط في الاحصان على رأي الجمهور كما ذكرنا [٦] . وعند

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ٤٠ ، الماوردي ص ٢٢١ ، المبسوط جـ ٩ ص ١١٨ ، الدر المختار جـ ٢ ص ٢٤٢ ، المهذب جـ٢ ص ٢٧٣ ـ ٢٨٩ ، شرح منتهى الارادات جـ١ ص ٧٤١ ، كشف المخدرات ص ٢٠٧ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٨٦ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٨ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٧٠ ، جواهر الكلام المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : وعلى القاذف الحد سواء كان القاذف مسلماً أو كافرا متى كان بالغاً عاقلاً ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٥٢ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٤٦٢ .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٢٧٤ . ودليل الظاهرية ان الذمي اذا قذف مسلما فقد خرج عن الصغار فتزول عنه الذمة فيكون كالحربي الذي لا امان له وهذا يجوز قتله : المرجع السابق .

(٣) الجصاص جـ ٢ ص ٤٩٣ ، الكاساني جـ ٦ ص ٢٨٠ ـ ٢٨٢ ، شرح السير الكبير جـ ١ ص ٣٣٨ .

(٤) الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ٢٠٧ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) نقرة ٢٦٢ ص ٢٣١ من هذه الرسالة .

الظاهرية يقام الحد على الذمي لأن الاسلام ليس بشرط في المقذوف كما هو ليس بشرط في القاذف [١] .

وعند سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد قاذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم [٢] .

واذا لم يجب الحد لعدم اسلام المقذوف ، على رأي الجمهور ، فعلى القاذف التعزير [٣] .

٢٧٣ — قذف الذمي زوجته :

اذا قذف الذمي زوجته فإن اللعان يجري بينهما على رأي الفقهاء الذين لا يشترطون اسلام الزوجين ، وفي هذه الحالة تجري أحكام اللعان التي ذكرناها [٤] . ولا يجري اللعان على رأي الحنفية لأنهم يشترطون اسلام الزوجين كما ذكرنا من قبل [٥] .

٢٧٤ — القذف بغير الزنى « السب والشتم » :

اذا سب الذمي ، بلفظ من ألفاظ السباب ، مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ، وجب التعزير ولم يجب حد الزنى [٦] ، لأن التعزير ليس من شرطه اسلام من يعزر بل يجب على المسلم وغير المسلم [٧] .

---

(١) المحلى جـ ١١ ص ٢٧٥ : وأما اذا قذف الكافر كافراً فليس الا الحد فقط .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٢١٦ .

(٣) فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٣ ، الدر المختار جـ ٣ ص ٢٥١ ، شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ٢٩١ — ٢٩٢ ، مجمع الأنهر جـ ١ ص ٦٠٩ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٣ ص ٢٠٨ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٥٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٢ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٧٠ : فمن قذف كافراً لم يحد بل عزر .

(٤) ص ٣١٦ من هذه الرسالة .

(٥) ص ٣١٦ من هذه الرسالة .

(٦) ص ٣١٧ من هذه الرسالة .

(٧) الكاساني جـ ٧ ص ٦٣ .

المطلب الثاني

جريمة القذف من المستأمن وعقوبتها

٢٧٤ — اذا قذف المستأمن مسلماً أو مسلمة وتوافرت شرائط حد القذف فان الحد يقام على المستأمن . ويعلل الحنفية ذلك بأن في القذف حق العبد ، وقد التزم المستأمن إيفاء حقوق العباد فيقام عليه الحد . وهذا مذهب الشافعية والمالكية والشيعة الامامية والحنابلة والامام الأوزاعي (١) .

أما اذا قذف المستأمن ذمياً أو مستأمناً فعند الجمهور لا حد عليه ، لأن الاسلام شرط في احصان المقذوف . أما عند الظاهرية فالحد يجب على غير المسلم اذا قذف غير مسلم . وعلى رأي سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يقام الحد على من يقذف ذمية لها ولد مسلم (٢) .

٢٧٥ — رد شهادة المستامن المحدود بالقذف :

للمستأمن شهادة على المستأمن عند الحنفية (٣) فمقتضى مذهبهم رد شهادته قياساً على ما قالوه في الذمي . ولو أسلم هذا المستأمن المحدود بالقذف فإن شهادته تقبل على المسلمين وعلى غيرهم كما هو الحال بالنسبة للذمي المحدود بالقذف اذا أسلم .

٢٧٦ — قذف المستامن زوجته :

على رأي المجوزين إجراء اللعان بين الزوجين غير المسلمين ، يجري اللعان بين المستأمن وزوجته وتترتب أحكامه عليه . وأما على رأي

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٥ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ أبو يعلى الحنبلي ص ٢٥٤ ، المدونة الكبرى طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ جـ ٤ ص ٣٩٠ . الأم جـ ٧ ص ٣٢٦ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٧٩ — ٢٨١ ، شرح السير الكبير جـ ٤ ص ١٠٨ ، المبسوط جـ ٩ ص ٥٦ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٣ ص ٢٠٧ .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٢١٦ .

(٣) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٨٨ .

المشترطين اسلام الزوجين فلا يمكن اجراء اللعان بينهما ومن ثم لا تترتب أحكامه •

والراجح اجراء اللعان بين غير المسلمين لحاجتهم اليه اذ به يستطيع أحدهم نفي نسب من ليس ولده عنه •

٢٧٧ ـ السب والشتم من المستامن :

ويجب على المستأمن التعزير اذا قذف غيره بغير الزنى « السب والشتم » • فقد جاء في كتاب الخراج لأبي يوسف : « وكذلك لو شتم « أي المستأمن » رجلاً عزرته » [١] • ويبدو أن لا خلاف بين الفقهاء في تعزير المستأمن ، لأن السب جريمة ليس لها عقوبة مقدرة ، وليس من شرط التعزير اسلام من يعزر كما قلنا •

المطلب الثالث

عقوبة المسلم اذا قذف ذمياً او مستامناً

٢٧٨ ـ قلنا ان من شروط حد القذف على القاذف أن يكون المقذوف محصناً ، وأن من شروط الاحصان عند الجمهور الاسلام ، وليس هذا بشرط عند الظاهرية ، ولهذا قالوا يحد المسلم حد القذف اذا قذف ذمياً أو مستأمناً [٢] ، ولا يحد على رأي الجمهور وانما عليه التعزير [٣] ، ولكن على رأي سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى اذا قذف

---

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٨٩ •

(٢) المحلي جـ ١١ ص ٢٧٤ •

(٣) الهداية وفتح القدير جـ ٤ ص ٢١٣ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٣ ص ٢٥١ ، اللباب للميداني جـ ٣ ص ٩٠ ، الكاساني جـ ٧ ص ٦٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٢ ، الماوردي ص ٢٢١ ، المغني جـ ٨ ص ٢٢٨ ابو يعلى الحنبلي ص ٢٥٤ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٧٠ ، المختصر النافع ص ٢٩٩ ، المدونة الكبرى طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ جـ ٤ ص ٣٩٠ ، المبسوط جـ ٩ ص ١١٨ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٥٣ •

المسلم ذمية ولها ولد مسلم، فعليه في هذه الحالة حد القذف [1] .

واذا قذف المسلم ذمياً أو مستأمناً بغير الزنى ، مما يدخل في دائرة السب والشتم ، فإن المسلم يعزر لأن الشتم إيذاء ليس له عقوبة مقدرة فيجب فيه التعزير . وقد صرح الحنفية بتعزير المسلم اذا شتم ذمياً [2] ، ويقاس المستأمن على الذمي في تعزير شاتمه ، لأن المستأمن لا يباح إيذاؤه .

المطلب الرابع

ما عليه العمل الآن في عقوبة القذف

٢٧٩ ـ أحكام الفقه الاسلامي في القذف ، وفقاً للمذهب الحنبلي ، هي المطبقة الآن في العربيــة السعودية ، فيحد القاذف ذمياً كان أو مستأمناً اذا ما توافرت شروط القذف ، ويجري اللعان بين الزوجين غير المسلمين لأن الاسلام ليس بشرط في الزوجين عند الحنابلة . ويترتب على الشتم والسباب التعزير اذ لا حد في هذه الجريمة .

وفي الجمهورية العربية المتحدة نص قانون العقوبات على جريمة القذف وجريمة السب في الباب السابع منه فقال في المادة ٣٠٢ : « يعد قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة احدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ في هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت اليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه .. » . كما نص على عقوبة هذه الجريمة بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين أو بالغرامة أو بهما [3] .

---

(١) المغني جـ ٨ ص ٢١٦ .

(٢) الدر المختار جـ ٣ ص ٢٦٠ : شتم مسلم ذمياً عزر ... والمبسوط جـ ٢٤ ص ٣٦ : اذا شتم المسلم امراة ذمية او قذفها بالزنى عزر ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٨١ .

(٣) المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات المصري « العربي » .

وفي السب جاء في المادة ٣٠٦ : « كل سب لا يشتمل على اسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه في الأحوال المبينة في المادة ١٧١ بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . واذا تضمن القذف أو السب طعناً في عرض الأفراد يعاقب بالحبس والغرامة معاً في الحدود المقررة في القانون » (١) .

ومن هذه المواد يتبين أنَ القذف في القانون الجنائي في الجمهورية العربية المتحدة أوسع معنى مما هو في الشريعة ، اذ يشمل الرمي بالزنى وبغير الزنى . والذي يميز القذف عن السب في القانون هو أن الأول يتضمن إسناد واقعة معينة مشينة من شأنها لو صحت لأوجبت عقاب من أسندت اليه أو احتقاره عند الناس . كما لو قال عن فلان أنه عاشر خادمته البالغة أو غش في الامتحان . اما السب فلا يشتمل على اسناد واقعة معينة كما لو قال لغيره يا لص أو يا نصاب (٢) .

ويشترط في جريمة القذف أنْ تتم علانية بالطرق التي بينها القانون ، وهذا شرط لم تشترطه الشريعة لا في جريمة القذف ولا في جريمة السب . إلا أن القانون نص في المادة ٣٠٨ مكرر على أن « كل من قذف غيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ » ومعنى هذا أن القانون لم يشترط العلانية في هذه الحالة . كما أننا نجده لا يشترط العلانية في بعض أنواع السباب ، فقد جاءَ في المادة ٣٩٤ : « يجازى بغرامة لا تزيد على جنيه واحد مصري أو بالحبس مدة لا تتجاوز اسبوعاً من ابتدر إنساناً بسب غير علني » .

ويخلص لنا من جميع ما تقدم ان العقوبة التي قررها الفقه الاسلامي لمن يرمي غيره بالزنى ، لا وجود لها في قانون العقوبات في الجمهورية العربية المتحدة ، كما لا وجود لوجوب اللعان بين الزوجين إذا قذف

(١) المادة ٣٠٦ من القانون السابق .

(٢) شرح قانون العقوبات المصري ــ القانون الخاص ــ للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٧٣ وما بعدها .

الزوج زوجته بالزنى • والعقوبات التي نص عليها لجريمة السب وبعض أنواع القذف تعتبر من العقوبات التعزيرية ومن ثم فهي سائغة في الفقه الاسلامي •

وفي العراق نص قانون العقوبات البغدادي على جرائم القذف والسب على نحو مما نص عليه القانون المصري « العربي » [1] •

وهذه العقوبات التي قررها القانون الجنائي في العربية المتحدة وفي العراق تسري على كل من يرتكب هذه الجرائم مسلماً كان أو ذمياً ، مواطناً أو أجنبياً ، لأن النصوص العقابية اقليمية التطبيق تسري على الجميع •

---

(١) نصت المادة ٢٥٢ من قانون العقوبات البغدادي : « يعتبر قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة احدى الطرق المبينة في المادة ٧٨ من هذا القانون اموراً لو صحت لأوجبت عقاب من اسندت اليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً او اوجبت احتقاره عند أهل وطنه » . وانظر المواد ٢٥٢ ، ٢٥٥ وما بعدها من هذا القانون .

الفصل الخامس

جرائم الاعتداء على الأموال

((السرقة وغيرها))

تمهيـــــد :

٢٨٠ ـ السرقة اعتداء على مال الغير وهي من جرائم الحدود ، وعقوبتها قطع اليد ، قال تعالى . « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم » (١) . وقد أجمع المسلمون على وجوب قطع اليد في السرقة في الجملة (٢) . وقد عرفها الفقهاء بتعاريف مختلفة منها تعريف الحنفية اذ قالوا : « السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصاباً محرزاً للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة » (٣) . وعرفها المالكية بأنها أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه (٤) . وقال الزيدية في تعريفها : « السرقة أخذ مال الغير خفية ظلماً مع شرائط » (٥) .

٢٨١ ـ فالخفية أمر ضروري لتحقق جريمة السرقة حتى أن بعضهم لم يذكر في تعريفها غير الخفية ففي المغني : « السرقة أخذ المال على وجه الخفية والإستتار » (٦) . فهي ركن السرقة ولهذا صرح الكاساني بقوله : « أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء » (٧) . فإذا فات هذا الركن وكان الاعتداء على المال مجاهرة فالجرم يسمى « مغالبة أو خلسة أو غصباً أو انتهاباً أو اختلاساً لا سرقة » (٨) . ومن هذه الصور أيضاً ، مما لا يسمى سرقة ، خيانة المال كجحد الوديعة والعارية وغيرها من الأمانات . وقد قالوا في تعريف هذه الأفعال والتفريق فيما

---

(١) سورة المائدة جـ ٦ الآية ٣٨ . (٢) المغني جـ ٨ ص ٢٤٠ .
(٣) العناية على الهداية جـ٤ ص٢١٩ . (٤) بداية المجتهد جـ٢ ص٣٧٢ .
(٥) الروض النضير جـ ٤ ص ٢٢٨ .
(٦) الكاساني جـ ٧ ص ٦٥ .
(٧) الكاساني جـ ٧ ص ٦٥ .
(٨) الكاساني جـ ٧ ص ٦٥ .

بينها ، أن الخائن من خان ما جعل عليه أميناً . والغاصب من أخذ المال جهاراً معتمداً على قوتـــه . والمختلس من يخطف الشيء بسرعة على غفلة (١) .

وقد أجمعوا على أن لا حد على الخائن ولا على الغاصب ولا على المختلس إلا ما روي عن اياس بن معاوية أنه قال يجب عليه الحد لأن المختلس يستخفي بأخذ المال فيكون سارقاً . وقد رد صاحب المغني على اياس بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على المنتهب قطع ، وبأن حد السرقة يقام على السارق ، والمختلس غير سارق ، وبأن الاختلاس نوع من الخطف والنهب ، وإنما يستخفي في ابتداء اختلاسه بخلاف السارق (٢) .

ولا خلاف في عدم إقامة حد السرقة على جاحد الوديعة وغيرها من الأمانات ، ولا حد أيضاً على جاحد العارية عند جمهور الفقهاء عدا ما روي عن أحمد بن حنبل أنه قال يقام عليه الحد ، وقد ضعف هذا القول صاحب المغني وقال الصحيح خلافه وهو ما عليه سائر الفقهاء (٣) .

فحد السرقة لا يقام إلا على نوع من الاعتداء على المال هو المسمى بالسرقة .

أما في صور الاعتداء الأخرى على المال فإن الجاني لا يفلت من العقاب وإنما يقام عليه التعزير (٤) .

وسنتكلم فيما يلي في أبحاث متتالية : عن عقوبة الاعتداء على المال بالسرقة ونحوها بالنسبة للذمي ، ثم بالنسبة للمستأمن ، ثم بالنسبة للمسلم اذا اعتدى على مال الذمي والمستأمن بالسرقة وغيرها . ثم نبين ما عليه العمل الآن في مبحث على حدة .

---

(١) الروض النضير جـ ٤ ص ٢٣٢ .
(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، المغني جـ ٨ ص ٢٤٠ .
(٣) المغني جـ ٨ ص ٢٤٠ — ٢٤١ .
(٤) الكاساني جـ ٧ ص ٦٣ ، التعزير للدكتور عبدالعزيز عامر ص ١٧٣ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٢ .

المبحث الأول

عقوبة الذمي

على جرائم الاعتداء على المال

٢٨٢ — قال الفقهاء من مختلف المذاهب الاسلامية الاسلام ليس بشرط في السارق لوجوب حد السرقة عليه فيقطع المسلم وغير المسلم لعموم آية السرقة [١] .

فإذا ارتكب الذمي جريمة السرقة وكان المسروق منه مسلماً أو ذمياً ، وتوافرت شرائط الجريمة ، وجب الحد على الذمي ، لأن الذمي بعقد الذمة التزم أحكام الاسلام فيقام عليه حد السرقة كما يقام على المسلم . ولا خلاف في هذا بين أهل العلم [٢] .

ولكن اذا سرق الذمي من مستأمن فقد اختلف الفقهاء في وجوب إقامة الحد عليه ، فعند المالكية يقام الحد على الذمي السارق . والحنابلة قالوا : يقام الحد على المسلم اذا سرق مال المستأمن لأنه سرق مالاً معصوماً [٣] . ومقتضى هذا القول ان يكون مذهبهم إقامة الحد على الذمي اذا سرق مالاً من مستأمن لأن الذمي لا يكون أحسن حالاً من المسلم .

أما الشافعية فعندهم لا يقام الحد على الذمي محتجين بأن المستأمن

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٣ ، شرح الخرشي جـ ٧ ص ٦٧ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٦ ، الكاساني جـ ٧ ص ٦٧ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٣ ص ٢٦٥ — ٢٦٦ ، الماوردي ص ٣١٩ .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٢٦٨ : ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ، ويقطع الذمي بسرقة مالهما وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً ، فتح العزيز جـ ١٤ ص ٢١٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي جـ ٢ ص ٢٢٨ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٠٢ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٦ الموافق جـ ٦ ص ٣١٢ .

(٣) المغني جـ ٨ ص ٢٦٩ ، المحرر جـ ٢ ص ١٥٨ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣٣٦ .

لا يقام عليه الحد أيضاً اذا سرق مال المسلم أو الذمي [1] .

أما الحنفية ، فقد قالوا لا يقطع السارق من مال الحربي المستأمن استحساناً ، والقياس يقطع وهو قول الإمام زفر ، وحجته أن الحربي المستأمن استفاد العصمة لماله بالأمان ، فصار ماله بمنزلة مال الذمي ، ولهذا كان مضموناً بالاتلاف كمال الذمي . أما حجة باقي الحنفية ، وهم القائلون بالاستحسان ، فهي : ان مال الحربي المستأمن فيه شبهة الإباحة ، لأن المستأمن من أهل دار الحرب حقيقة وإنما دخل دار الاسلام بصورة موقتة ، فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة الإباحة في ماله كما أورثها في دمه ولهذا لا يقتل به المسلم أو الذمي قصاصاً ، وهذا بخلاف الذمي لأنه من أهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة ، وبخلاف ضمان المال لأنه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات [2] .

والراجح هو إقامة حد السرقة على الذمي اذا سرق مال المستأمن ، لأن ماله معصوم بالأمان كما يقول الإمام زفر . ومن تمام العصمة والحماية له إقامة الحد على سارق ماله . والقول بأن في ماله شبهة الإباحة قول ضعيف لأنه لم يدخل دار الاسلام إلا بإذن وأمان ، ومن مقتضى الأمان ان يكون صاحبه معصوم الدم والمال ، فكيف يكون في ماله بعد هذا شبهة الإباحة ؟.

٢٨٣ — هل يحد الذمي بسرقة الخمر والخنزير ؟

قال فقهاء الحنفية والشافعية والظاهرية والحنابلة والمالكية لا حد على سارق الخمر والخنزير ، سواء أكان السارق مسلماً أم ذمياً ، وسواء أكان المسروق منه مسلماً أم ذمياً . ويعلل الحنفية هذا القول بأن الشرط

---

(١) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ : ولا يقطع المسلم او الذمي بمال المعاهد أو المؤمن كما قاله القاضي حسين والامام الغزالي ومن تبعهم بناء على ان المعاهد لا يقطع بمال المسلم أو الذمي . الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع جـ ٢ ص ١٩٣ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٧١ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٨١ .

في إقامة حد السرقة هو ان يكون المال المسروق متقوماً على الاطلاق ، وليس الخمر والخنزير هكذا ، اذ ليس واحد منهما متقوماً في حق المسلم ، وان كانا متقومين في حق الذمي [١] .

والظاهر من مذهب الزيدية إقامة حد السرقة على الذمي اذا سرق خمراً أو خنزيراً من ذمي أو مستأمن ، لأنهم قالوا ان من شرط المال المسروق الذي يحد سارقه أن يكون مما يجوز للمسروق منه تملكه ، فقد جاء في شرح الأزهار في فقه الزيدية ، عند تعداد شروط إقامة حد السرقة على السارق ، أن يكون المال المسروق « مما يجوز له تملكه في الحال أي للمسروق عليه » [٢] . والخمر والخنزير مما يجوز لغير المسلم تملكه . وقول الزيدية هذا قوي أميل إلى ترجيحه لأن الخمر والخنزير من الأموال المتقومة في حق غير المسلم ومن لوازم تقوم المال إقامة الحد على سارقه .

ويلاحظ هنا أن تخصيص فقهاء الجمهور للذمي بالذكر وانه لا يحد سارق خمره أو خنزيره لا يعني أن سارق خمر أو خنزير المستأمن يقام عليه الحد ، لأن علة عدم معاقبة سارق خمر الذمي أو خنزيره ، في نظرهم ، متحققة بالنسبة للمستأمن أيضاً .

٢٨٤ — وفي صور الاعتداء الأخرى على المال (غير السرقة) كالغصب ونحوه يعزر الجاني ولا يقام عليه حد السرقة ، والتعزيز ليس من شرطه اسلام الجاني [٣] .

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٦٩ ، الجصاص جـ ٢ ص ٢٩٨ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٨ ، فتح العزيز جـ ١٤ ص ٢٢٢ ، المدونة الكبرى طبعة المطبعة الخيرية جـ ٤ ص ٤١٨—٤١٩ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٩٢ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣٣٦ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٣٤ .

(٢) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٤ .

(٣) الكاساني جـ ٧ ص ٦٣ .

المبحث الثاني

عقوبة المستأمن

على جرائم الاعتداء على المال

٢٨٥ — اذا ارتكب المستأمن جريمة السرقة وتوافرت آركانها وشرائطها فقد اختلف الفقهاء في وجوب إقامة الحد على المستأمن . ويمكن رد اختلافهم الى قولين :

القول الاول — لا يقام عليه حد السرقة . وهذا قول أبي حنيفة ، وهو القول الأظهر في المذهب الشافعي . والحجة لهذا القول أن المستأمن لم يلتزم بالأمان ما يرجع الى حقوق الله تعالى من الأحكام ، وحد السرقة ، حق الله تعالى غالب فيه ، فلم يلتزمه المستأمن فلا يقام عليه [1].

القول الثاني — يقام عليه حد السرقة . والحجة لهذا القول أن المستأمن التزم أحكام الاسلام مدة إقامته في دار الاسلام فصار كالذمي فيقام عليه الحد ، ولأن السرقة من الفساد في الأرض فلابد من عقاب زاجر يمنع كل أحد في دار الاسلام من هذا الفساد . ولأن هذا الحد وجب صيانة للأموال ، كما وجب حد القذف صيانة للأعراض ، فكما يجب هذا على المستأمن يجب ذلك عليه أيضاً . وهذا قول الحنابلة والشيعة الامامية والزيدية والمالكية والأوزاعي [2] .

---

(١) المبسوط جـ ٩ ص ١٧٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ٧١ ؛ شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٦ ، الخراج لأبي يوسف ص ٧١ ، فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٥ — ١٥٦ ، فتح العزيز جـ ١٤ ص ٢٤٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ : واذا سرق المعاهد ولو من معاهد أقوال أحسنها أن شرط عليه في عهده قطعه بسرقة قطع لالتزامه والا فلا يقطع لعدم التزامه . والأظهر عند الجمهور لا قطع مطلقاً ، وانه الأظهر عند الأصحاب لأنه لم يلتزم الأحكام فاشبه الحربي .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٢٦٨ — ٢٦٩ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٥ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ١٧٥ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٠٢ ، المواق جـ ٦ ص ٣١٢ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ — ٥٥ ، الخلاف للطوسي جـ ٣ ص ٢٠٢ .

والقول الثاني هو الراجح الذي ينبغي المصير اليه ، فهو المتفق مع عموم الشريعة وعموم ولاية دار الاسلام على جميع المقيمين على أرضها ، ولأن السرقة ، كما هو الحال في سائر الجرائم ، من الفساد في الأرض فلا يمكّن المستأمن من هذا الفساد • والاحتجاج بأن حد السرقة حق الله فلا يقام على المستأمن ، حجة ضعيفة لا تمنع من إقامة العقوبات الشرعية على المقيمين في دار الاسلام ، لأن حق الله هو حق المجتمع كما يقول الأحناف أنفسهم ، وانما نسب الى الله تعالى لعظيم خطره وشأنه ، فلا يكون هذا الحق أقل رعاية من حق الفرد •

٢٨٦ ـ ولا يقام حد السرقة على المستأمن اذا سرق خمراً أو خنزيراً على رأي الجمهور قياساً على ما قالوه في الذمي اذا سرق خمراً أو خنزيراً [١] •

هذا ، وان صور الاعتداء الأخرى على المال ، التي لا تعتبر سرقة ، اذا قام بها المستأمن ، فان حد السرقة لا يجب عليه ، وانما يجب عليه التعزير ، والتعزير لا يشترط في وجوبه على الجاني أن يكون مسلماً ، كما قلنا في الذمي •

المبحث الثالث

عقوبة المسلم

اذا اعتدى على مال الذمي أو المستأمن

٢٨٧ ـ اذا سرق المسلم من ذمي وتحققت شرائط وأركان جريمة

كمال المسلم • ولا خلاف في هذا بين أهل العلم [٢] •

السرقة ، فإن الحد يجب على السارق المسلم ، لأن مال الذمي معصوم

إلا انه اذا سرق المسلم من ذمي خمراً أو خنزيراً فلا حد عليه ،

---

(١) فقرة ٢٨٣ ص ٣٢٨ من هذه الرسالة .

(٢) المغني ج ٨ ص ٢٦٨ : « ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ، ويقطع الذمي بسرقة مالهما ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً » ، المحرر جـ ٢ ص ١٥٨ ، الكاساني جـ ٧ ص ٧١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٦ •

وبهذا صرح الفقهاء . لأن الخمر أو الخنزير ليس بمال كما يقول الشافعية ، ولا عقوبة إلا بسرقة مال . أو ان الخمر والخنزير وان كانا مالاً إلا انه ليس بمال متقوم مطلقاً كما يقول الحنفية ، ولا عقوبة عندهم إلا في سرقة ما هو مال متقوم على الإطلاق [١] . وعلى السارق الضمان على رأي بعض الفقهاء كالامام مالك ، ولا ضمان عليه على رأي البعض الآخر من الفقهاء كالظاهرية والامام أحمد والشافعي [٢] .

وذهب بعض الزيدية الى إقامة الحد على المسلم اذا سرق خمر الذمي أو خنزيره في بلد له سكناه ، فقد جاء في شرح الأزهار : «فلو سرق المسلم خمراً أو خنزيراً على مسلم فلا قطع ... واما لو سرق على ذمي خمراً أو خنزيراً وهو في بلد لهم سكناه فقال الهادي عليه السلام يقطع ... » [٣] . وهذا قول قوي أميل الى ترجيحه ، لأن الخمر أو الخنزير مال متقوم في حق الذمي ، ومقتضى تقوم المال إقامة الحد على سارقه ، وايجاب الضمان على غاصبه ومتلفه .

٢٨٨ — واختلف الفقهاء في إقامة الحد على المسلم اذ سرق مال المستأمن ، فعند الحنابلة يقام عليه الحد لأنه سرق مالاً معصوماً بدليل وجوب ضمانه بالاتلاف [٤] . وعند الشافعية لا حد عليه لأن المستأمن لا يقام عليه الحد اذا سرق مال مسلم أو ذمي ، فلا يقام أيضاً الحد على المسلم اذا سرق مال المستأمن [٥] . وعند الحنفية اختلاف ، فقد قالوا لا يقام الحد على المسلم اذا سرق مال المستأمن استحساناً ، وفي القياس يقام عليه الحد وهو قول الإمام زفر [٦] .

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٩٨ ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع جـ ٢ ص ١٩٣ ، فتح العزيز جـ ١٤ ص ٢٢٢ ، الكاساني جـ ٧ ص ٦٩ — ٧٠ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٩٢ .

(٢) المدونة الكبرى ، طبعة المطبعة الخيرية جـ ٤ ص ٤١٨ — ٤١٩ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٣٤ .

(٣) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٥ .

(٤) المغني جـ ٨ ص ٢٦٩ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٥ ، و جـ ٢ ص ١٥٨ .

(٥) فتح العزيز جـ ١٤ ص ٢٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع جـ ٢ ص ١٩٣ .

(٦) المبسوط ج ٩ ص ١٨١ .

والراجح من أقوال الفقهاء هو قول القائلين بإقامة حد السرقة على المسلم اذا سرق مال المستأمن لقوة استدلال القائلين بهـذا القول ووجاهته ، ولأن مال المستأمن في حماية الدولة بمقتضى الأمان ، والحماية لا تكون كافية إلا اذا أقيم حد السرقة على من يسرق ماله ، مسلماً كان السارق أو غير مسلم .

أما اذا سرق المسلم خمراً للمستأمن أو خنزيراً ، فالظاهر أن الحكم في هذه الحالة كالحكم في سرقة المسلم خمرَ الذمي أو خنزيره ، قياساً للمستأمن على الذمي .

٢٨٩ ــ أما صور الاعتداء الأخرى على المال كالغصب والخطف ونحو ذلك فلا يجب فيها حد السرقة وانما يجب فيها التعزير على الجاني على قدر ما يرى الامام أو القاضي [١] .

المبحث الرابع

ما عليه العمل الآن فى جرائم الاعتداء على المال

٢٩٠ ــ في العربية السعودية ، حيث تطبق أحكام الشريعة ، وفقاً للمذهب الحنبلي ، يقام الحد على الذمي والمستأمن في جريمة السرقة سواء أكان المجنى عليه مسلماً أم غير مسلم ، مواطناً ام غير مواطن . أما في غير السرقة كالغصب والاختلاس فالعقوبة تكون تعزيرية حسب اجتهاد القاضي .

وفي العراق والجمهورية العربية المتحدة ، ينظم قانون العقوبات في هاتين الدولتين السرقة وعقوبتها . وقد عرف قانون العقوبات المصري « العربي » السارق بأنه : « كل من ختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق » [٢] . ومثل هذا التعريف جاء في قانون العقوبات العراقي ، اذ

---

(١) فقرة ٢٨١ ص ٣٢٦ من هذه الرسالة .
(٢) المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري « العربي » .

فيه : « يعد سارقاً كل من اختلس مالاً منقولاً مملوكاً للغير بدون رضاه » (١) .

والمقصود بالاختلاس الوارد في هاتين المادتين ، قيام الجاني بحركة مادية ينقل بها الشيء الى حيازته كالنزع أو السلب أو الخطف أو النقل وغير ذلك (٢) . ومعنى ذلك أن جريمة السرقة في القانون العراقي والقانون المصري « العربي » تشمل بعض صور الاعتداء على المال التي لم يعتبرها فقهاء الشريعة سرقة .

أما عقوبة السرقة فقد تكون الأشغال الشاقة المؤبدة أو الموقتة أو الحبس ، حسب الأحوال وظروف الجريمة وتعدد الجناة وانفرادهم (٤) .

كما نص قانون العقوبات المصري « العربي » وكذا البغدادي على جرائم الاعتداء على الأموال بطريق الاغتصاب والتهديد وخيانة الأمانة والاحتيال ، وقرر لها عقوبات الأشغال الشاقة أو الحبس حسب الظروف ونوع الجريمة (٥) .

والواقع أن الجرائم التي نص عليها هذان القانونان ، فيما عدا السرقة بمفهومها وشروطها عند الفقهاء ، تعتبر من صور الاعتداء على المال ، وتكون عقوباتها من نوع عقوبات التعزير السائغة في الفقه الاسلامي .

وما نص عليه هذان القانونان من عقوبات تسري على جميع المقيمين في إقليم الدولة من مواطنين وأجانب لأن النصوص العقابية إقليمية التطبيق كما قلنا أكثر من مرة .

---

(١) المادة ٢٥٨ من قانون العقوبات البغدادي .

(٢) شرح قانون العقوبات المصري — القسم الخاص — للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٥٤ .

(٣) المواد ٣١٣ — ٣٢٠ من قانون العقوبات المصري « العربي » ، والمواد ٢٦٠ — ٢٦٨ من قانون العقوبات البغدادي .

(٤) المواد ٣٢٥ — ٣٢٧ ، ٣٣٦ — ٣٤٣ من قانون العقوبات المصري « العربي » والمواد ٢٧٠ — ٢٧٤ ، ٢٧٧ — ٢٧٩ من قانون العقوبات البغدادي .

القسم الثاني

أحكام الذميين والمستأمنين
في علاقاتهم مع الأفراد

تمهيـــــد :

٢٩١ ــ الروابط القانونية بين الأفراد اما روابط متعلقة بالأسرة ، وهي التي تسمى بروابط الأحوال الشخصية ، وأما روابط مالية . وكلا النوعين يخضع للقانون الخاص الذي يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم سواء كانت هذه العلائق علاقات أحوال شخصية أو علاقات أحوال عينية .

وهذه الروابط القانونية وما ينتج عنها من حقوق والتزامات تجد لها الحماية القانونية من القضاء ، اذ بدون هذه الحماية تصبح الروابط القانونية والحقوق الناشئة عنها معرضة للضياع ، ويكون الوفاء بها موقوفاً على محض رغبة المدين . ولذلك كان « من أهم وظائف الدولة توفير الحماية للروابط القانونية اذا اعتدى عليها معتد أو جحدها جاحد ، ولهذا فقد أقامت الدولة القضاء ليسهر على رعاية حقوق الأفراد ويرد عنها الاعتداء » (١) . والفكرة التقليدية تعتبر قانون المرافعات من قبيل القانون الخاص لأن الغرض منه حماية حقوق الأفراد (٢) .

وسنتكلم في هذا القسم عن أحكام الأحوال الشخصية للذميين والمستأمنين ، ثم عن أحكام معاملاتهم المالية ، ثم نبين مدى خضوعهم لولاية القضاء العامة . وعليه سنقسم هذا القسم الى ثلاثة أبواب :ــ

الباب الأول ــ في مسائل الأحوال الشخصية للذميين والمستأمنين .

الباب الثاني ــ في معاملاتهم المالية .

الباب الثالث ــ في بيان مدى خضوعهم لولاية القضاء العامة وما يتعلق بهذا الموضوع .

---

(١) المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي ص ١٢ .

(٢) الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري للدكتور رمزي سيف الطبعة الأولى في القاهرة ، ص ٩ . وكتاب شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية « قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ » للدكتور الشرقاوي ص ٤ .

الباب الأول

أحكام الأسرة للذميين والمستأمنين
« الأحوال الشخصية »

٢٩٢ ـ الأحوال الشخصية اصطلاح جديد في الجمهورية العربية المتحدة ، اذ دخلها بدخول التشريعات الوضعية [١] ، كما أن الفقه الاسلامي لم يعرف هذا الاصطلاح ، فلم يذكره الفقهاء المسلمون في كتاباتهم في الفقه ، فالامام ابن عابدين مثلا ، يقول : « ان مدار أمور الدين على الاعتقادات والآداب والعبادات والمعاملات والعقوبات . والأولان ليسا مما نحن بصدده . والعبادات خمسة : الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد . والمعاملات خمسة : المعاوضات المالية ، والمناكحات والمخاصمات والأمانات والتركات . والعقوبات خمسة : القصاص وحد السرقة والزنا والقذف والردة » [٢] . فالامام ابن عابدين يجعل المناكحات من جملة المعاملات ، مع أن النكاح يعتبر اليوم من صميم الأحوال الشخصية .

وبالرغم من شيوع هذا الاصطلاح « الأحوال الشخصية » في الوقت الحاضر إلا أن تحديد المراد منــه تحديداً دقيقاً من الصعوبة بمكان ، فقد حاول كتاب القانون المدني في الدول الغربية وخاصة في فرنسا أن يبينوا مداه والمراد منه بصورة دقيقة فلم يوفقوا [٣] . كما أن مفهوم هذا الاصلاح ، وما يدخل في نطاقه من مسائل ، كل هذا ، يختلف باختلاف البلدان ، فما يعتبر من الأحوال الشخصية في بلد ،

---

(١) المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي ص١٦ .

(٢) رد المحتار جـ ١ ص ٧٣ .

(٣) القانون الدولي الخاص لاستاذنا الدكتور جابر جاد عبدالرحمن : جـ ٢ ص ١٤٤ .

قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر (٤) .

وقد عرفت محكمة النقض والابرام في العربية المتحدة الأحوال الشخصية بقولها « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ، ككون الانسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو إبناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذن ، فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية ، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية ، وكلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ، فالجأه هـذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل االتي تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها (٢) .

وقد عدد قانون نظام القضاء المصري « العربي » رقم « ١٤٧ » لسنة ١٩٤٩ في مادته الثالثة عشرة المسائل التي يشملها اصطلاح الأحوال الشخصية ، فذكرت هذه المادة المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالزواج والطلاق والتفريق وغيرهـا ، كما ذكرت النفقة والتبني والمواريث والوصايا وغيرها . ويرى بعض الكتاب أن هذه المسائل التي ذكرتها هذه المادة من قانون نظام القضاء المصري المذكور ، لم ترد على سبيل

---

(١) المرجع السابق : جـ ٢ ص ١٤٥ .

(٢) حكم محكمة النقض والابرام المصرية في ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ ، المنشور في مجلة المحاماة الشرعية السنة الثامنة ص ٣٢٩ . ويلاحظ أن الهبة تعتبر من المسائل المالية بالنسبة للمصريين جميعاً ، فقد نظمها القانون المدني المصري تنظيماً كاملاً واستوفى أحكامها الشكلية والموضوعية بحكم كونها عقداً من عقود التمليك : المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي ص ١٩ .

الحصر [١] .

وعلى كل حال فإن ما سنذكره في هذا الباب ، بالنسبة للذميين والمستأمنين ، من مسائل النكاح وغيرها ، يعتبر كله من مسائل الأحوال الشخصية ويشمله هذا الاصطلاح .

أما فصول هذا الباب فستكون كما يلي :ـ

الفصل الأول ـ أنكحة الذميين والمستأمنين ومهورهم .

الفصل الثاني ـ فرق النكاح .

الفصل الثالث ـ العدة .

الفصل الرابع ـ ثبوت النسب .

الفصل الخامس ـ الولاية على النفس والمال .

الفصل السادس ـ النفقات .

الفصل السابع ـ الوقف .

الفصل الثامن ـ الوصية والميراث .

---

(١) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله جـ ٢ ص ١٦١ .

الفصل الأول
أنكحة الذميين والمستأمنين ومهورهم

المبحث الأول
أنكحة الذميين والمستأمنين

تمهيـــــد :

٢٩٣ ـ النكاح عند الفقهاء عقد رتب عليه الشارع حكماً يفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل ما دام كل منهما يحل للآخر (١) .

وتتكلم في المطلب الأول من هذا المبحث عن النكاح بين المسلمين وبين الذميين والمستأمنين . ثم تتكلم في المطلب الثاني عن أنكحة الذميين والمستأمنين فيما بينهم .

المطلب الأول
النكاح بينهم وبين المسلمين

الفرع الأول
زواج المسلم بذمية او مستامنة

٢٩٤ ـ اولا ـ نساء اهل الكتاب :

اذا كانت الذمية أو المستأمنة من حرائر نساء أهل الكتاب جاز للمسلم أن يتزوجها عند جماهير أهل العلم من السلف والخلف . وروي عن ابن عمر كراهية ذلك ، وكذا روي عن الإمام مالك ، وعن بعضهم

(١) الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ١٢ .

التحريم [(١)] . كما أن في مذهب الشيعة الامامية اختلافاً وتفصيلاً في هذه المسألة سنذكره بعد قليل .

احتج الجمهور على جواز نكاح الكتابية بقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حلٌ لكم وطعامكم حلٌ لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان .. » كما احتجوا أيضاً بأن عثمان رضي الله عنه تزوج نائلة الكلبية ، وهي نصرانية ، على نسائه ، وان طلحة بن عبيد الله تزوج يهودية من أهل

---

(١) الجصاص جـ ٢ ص ٣٢٤ : « اباحة نكاح الحرائر منهن «الكتابيات» اذا كن ذميات ، فهذا لا خلاف بين السلف وفقهاء الأمصار فيه الا شيئاً يروى عن ابن عمر انه كرهه » . والروض النضير فى فقه الزيدية جـ ٤ ص ٦٢ – ٦٣ : حدثني زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه قال يتزوج المسلم اليهودية والنصرانية ولا يتزوج المجوسية ولا المشركة . وفي ص ٦٤ منه : والحديث يدل على انه يجوز للمسلم نكاح الكتابيــة من اليهود والنصارى وهو الصحيح من مذهب الامام زيد ابن علي ... والحجة على ذلك قوله عز وجل « أحل لكم الطيبات ... الى آخر الآية » ، وذهب الهادي والقاسم والنفس الزكية الى تحريم الكتابية وغيرها من المشركات بقوله عز وجل « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ » . وهذا هو ما اختاره المتأخرون فى المذهب الزيدي : شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٠٨ . شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٦ : يجوز زواج الحرة الكتابية بكره ، وعلى قول ابن القاسم يجوز بلا كراهة ، وانما كره مالك ذلك فى بلاد الاسلام لأنها تتغذى بالخمر وتغذي ولده بها وهو يقبلها ويضاجعها وليس له منعها من ذلك ولا من الذهاب الى الكنيسة . المحلى جـ ٩ ص ٤٤٥ ، المغني جـ ٦ ص ٥٨٩ ، الهداية جـ ٢ ص ٣٧٢ ، أحكام القرآن للشافعي ص ١٨٣ ، المهذب جـ ٢ ص ٤٦ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٣٢٢ ، شرح النيل جـ ٣ ص ٢١ : « وحل للحر والعبد البالغ والطفل نكاح حرة كتابية بالغة أو طفلة معاهدة للامام أو نائبه على اجراء الحكم عليها ان لم ترتد عن الاسلام الى أهل الكتاب » . ويلاحظ ان حل نساء الكتابيات للمسلم يشمل الذميات والمستأمنات ، وقد صرح الفقهاء بان المستأمنة فى دارنا اذا تزوجت مسلماً صارت ذمية : شرح السير الكبير جـ ١ ص ٣٣٨ . أما نكاح المسلم الأمة الكتابية ، فعند الجمهور ، كالشافعي ومالك وأحمد ، لا يجوز وقد أباحه الحنفية : الجصاص جـ ٢ ص ١٦٢ – ١٦٤ ، المغني جـ ٦ ص ٥٩٦ .

الشام ، ولم ينقل ان أحداً من الصحابة أنكر ذلك ، فعلم أنهم متفقون على جواز نكاح الكتابيات .

واحتج القائلون بتحريم نكاح الكتابيات بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ » والكتابية مشركة فلا يجوز نكاحها ، ويؤيد هذا ما روي عن ابن عمر أنه كان اذا سئل عن نكاح اليهودية والنصرانية قال : ان الله حرم المشركات على المسلمين ، ولا أعلم من الشرك شيئاً أكبر من أن تقول ربها عيسى أو عبد من عبيد الله [1] .

واجاب الجمهور على حجة المانعين بما يأتي :

أ ــ ان قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » غير موجب لتحريم الكتابيات من وجهين :

الوجه الأول ــ أن ظاهر لفظ المشركات أو المشركين انما يتناول عبدة الأوثان عند الإطلاق ولا يدخل فيه أهل الكتاب بدليل قوله تعالى « ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين ان ينزل عليكم من خير من ربكم » وقوله تعالى « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب ، والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » ففرق بين أهل الكتاب وبين المشركين في اللفظ ، وظاهره يقتضي أن المعطوف غير المعطوف عليه [2] .

الوجه الثاني ــ أنه لو كانت آية « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ » على العموم لوجب أن تكون مخصوصة بقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات ... والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم »

---

(١) الجصاص جـ ١ ص ٣٣٢ — ٣٣٣ ، المغني جـ ٦ ص ٥٩٠ ، وآية « اليوم أحل لكم الطيبات ... » وردت في سورة المائدة : جـ ٦ ، الآية ٥ ، وأما آية « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » فهي في سورة البقرة جـ ٢ الآية ٢٢١ .

(٢) الا أن تقوم الدلالة على غير ذلك كما في قوله تعالى « من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال » فأفرد سبحانه وتعالى جبريل وميكال بالذكر تعظيماً لشأنهما مع انهما من جملة الملائكة .

لا سيما وان نزولها متأخر عن نزول الآية التي احتجوا بها [١] .

ب ـ الاحتجاج بما روي عن ابن عمر ، لا يدل على تحريم نكاح الكتابيات ، لأنه روي عن ابن عمر جواز نكاح الكتابيات ، كما روي عنه التوقف ، فقد روى ميمون بن مهران قال : « قلت لابن عمر إنا بأرض يخالطنا فيها أهل الكتاب أفننكح نساءهم ونأكل من طعامهم ؟ ، قال : فقرأ عليّ آية التحريم وآية التحليل . قلت : اني أقرأ ما تقرأ ، أفننكح نساءهم ونأكل طعامهم ؟ قال : فأعاد عليّ آية التحليل وآية التحريم » . ويعني بآية التحليل الآية التي احتج بها الجمهور وهي « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » وبآية التحريم « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ » وجواب ابن عمر يدل على توقفه ولا يدل على قطعه بالإباحة أو بالتحريم ، فما روي عنه يحمل على الكراهة ولا يحمل على التحريم [٢] .

٢٩٥ ـ أما مذهب الشيعة الامامية فقد نقل عنهم صاحب المغني أنهم يحرمون نساء أهل الكتاب لقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ » [٣] .

والصحيح انه قول طائفة منهم لأن الشيعة الامامية مختلفون في حل نساء الكتابيات ، والأقوى عند بعضهم الجواز ، فقد جاء في سفينة النجاة : « وأما الكتابية أعني اليهودية والنصرانية فيحل نكاحها استدامة اجماعاً ، فإذا أسلم زوجها دونها فهي على نكاحه قبل الدخول وبعده ، دائماً ومنقطعاً ، سواء كان كتابياً أو غيره . وأما في الابتداء فمنهم من حرمه مطلقاً ومنهم من حلله مطلقاً ومنهم من فصل بين الدوام فلا يحل ، والمتعة وملك اليمين فيحل ، والأقوى الجواز مطلقاً لقوله عز من قائل

---

(١) الجصاص جـ ١ ص ٣٣٣ ، و جـ ٢ منه ص ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، والمغني جـ ٦ ص ٥٩٠ ، والمحلى جـ ٩ ص ٤٤٥ .

(٢) الجصاص جـ ١ ص ٣٣٢ — ٣٣٣ ، جـ ٢ منه ص ٣٢٤ — ٣٢٥ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٥٩٠ : وحرمته الامامية تمسكاً بقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ » . تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ١٦٨ .

في سورة المائدة التي هي آخر القرآن نزولاً وقد نسخت ما قبلها ولم ينسخها شيء « اليوم أحل لكم الطيبات ... الآية » ، نعم قد نهى عنه في السنة نهي تنزيه لا تحريم هو في الدوام أشد منه في المتعة »[١] .

ومع ان جمهور الفقهاء ، على حل نكاح نساء أهل الكتاب ، كما ذكرنا ، ولكن الأولى — كما يقول صاحب المغني — للمسلم أن لا يتزوج الكتابيات لأن عمر بن الخطاب قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن[٢] .

٢٩٦ — ثانيا — المجوس :

لا يحل للمسلم الزواج بنسائهم عند جمهور العلماء ، لأنهم ليسوا من أهل الكتاب[٣] . وذهب الظاهرية الى جواز زواج المسلم بالمجوسية بحجة انها من أهل الكتاب[٤] . وقال أبو ثور يباح الزواج بالمجوسية لقول النبي صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ، ولأنه روي أن حذيفة تزوج مجوسية ، ولأن المجوس يقرون بالجزية فاشبهوا اليهود والنصارى . وعند الشيعة قولان والأقوى عندهم التفصيل : بين النكاح الدائم فلا يحل ، وبين المتعة فتحل .

والصحيح قول عامة العلماء لأن المجوس ليسوا من أهل الكتاب ، قال تعالى : « أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » فلو كان المجوس من أهل الكتاب لكان أهل الكتاب ثلاث طوائف وهذا لا يجوز . واما قوله صلى الله عليه وسلم «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» فإنه يدل على أنهم لا كتاب لهم ، وان النبي صلى الله عليه وسلم أراد فيما قاله حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية لا غير ، ويؤيد هذا ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير أنكم ليسوا بناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » . وما روي عن حذيفة

---

(١) سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨٥ — ٣٨٦ .
(٢) المغني جـ ٦ ص ٥٩٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٤٦ .
(٣) الكاساني جـ ٢ ص ٢٧١ ، الهداية جـ ٢ ص ٣٧٣ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٢٨١ ، المهذب جـ ٢ ص ٤٧ ، تحفة المحتاج جـ ٧ ص٣٢٢ ، الروض النضير جـ ٤ ص ٦٥ ، حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٦٧ .
(٤) المحلى جـ ٩ ص ٤٤٥ .

انه تزوج مجوسية فهذا لا يثبت ، فقد روي أنه تزوج يهودية ، وهذه الرواية أوثق من رواية زواجه بمجوسية ، على أنه لو ثبت ذلك لما جاز الاحتجاج به مع مخالفته الكتاب والسنة وقول جمهور العلماء.[١] .

٢٩٧ — ثالثاً — الصابئة :

وحل نكاح نسائهم أو عدم حله مبني على اعتبارهم من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب . فالذين اعتبروهم من أهل الكتاب قالوا بالحل ، والذين لم يعتبروهم من أهل الكتاب قالوا بالحرمة ، ولهذا قال أبو حنيفة بحل نسائهم لأنهم عنده من جملة أهل الكتاب وان كانوا يخالفون أهل الكتاب في بعض دياناتهم ، فإن هذا لا يمنع نكاح نسائهم . وأبو يوسف ومحمد قالا بحرمة نكاح نسائهم لأن الصابئة عندهما ليسوا من أهل الكتاب ، فهم يعبدون الكواكب ، وعابد الكواكب كعابد الوثن ، فلا يجوز للمسلم مناكحتهم . وغير الحنفية ، كالحنابلة والشافعية ، لم يجزموا بالحل أو الحرمة ، وإنما قالوا فيهم : ان كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه ، كانوا منهم فتحل نساؤهم للمسلم ، وإن كانوا يخالفونهم في أصول دينهم لم يكونوا منهم فلا تحل نساؤهم للمسلم [٢] .

٢٩٨ — رابعاً — عباد الأوثان ونحوهم :

واما سائر الكفار من عباد الأوثان والأصنام والأحجار والأشجار والحيوان ونحوهم فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ » [٣] .

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٥٩١ — ٥٩٢ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨٦ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٥٩١ ، المهذب جـ ٢ ص ٤٧ ، الكاساني جـ ٢ ص ٢٧١ ، الجصاص جـ ٣ ص ٩١ ، شرح العناية جـ ٢ ص ٢٧٤ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٢٨١ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٥٩٢ ، المهذب جـ ٢ ص ٤٧ ، الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٣٧٣ .

٢٩٩ — الشهود على النكاح :

اذا تزوج المسلم كتابية ، فهل يشترط أن يكون شهود الزواج من المسلمين ؟

قال الحنابلة والشافعية لا يجوز النكاح إلا بشهادة مسلمين واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، ولأنه نكاح مسلم فلا يجوز إلا بشهادة مسلمين كزواج المسلم بمسلمة [1] .

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز النكاح بشهادة ذميين . وقال محمد وزفر لا يجوز . احتج محمد وزفر بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » والمراد منه عدالة الدين ، ولأن الاشهاد شرط جواز العقد ، والعقد يتعلق وجوده بالطرفين ، طرف الزوج وطرف الزوجة ، ولم يوجد الاشهاد على الطرفين ، لأن شهادة غير المسلم حجة على مثله ، وليس حجة على المسلم ، فكانت شهادته في حق المسلم كأن لم تكن ، فلم يوجد الاشهاد في جانب الزوج فلا يصح النكاح .

واحتج أبو حنيفة بعمومات الكتاب والسنة نحو قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء .. » ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « تزوجوا ولا تطلقوا » من غير شرط . إلا أن كون الشاهدين من المسلمين صار شرطاً في نكاح الزوجين المسلمين بالاجماع ، فمن ادعى كونه شرطاً في زواج المسلم بالذمية فعليه الدليل . ثم ان قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشاهدين » متحقق في نكاح المسلم ذمية بشهادة ذميين ، لأن الشهادة في اللغة عبارة عن الاعلام والبيان ، وغير المسلم من أهل الاعلام والبيان ، لأن ذلك يقف على العقل واللسان والعلم بالمشهود به وكل ذلك موجود في غير المسلم . إلا أن شهادة غير المسلم على المسلم خصت من عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم

(١) المغني جـ ٦ ص ٤٥١ — ٤٥٢ ، الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع جـ ٢ ص ٧١ — ٧٢ . الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما — تأليف استاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٤ .

داخلة تحته . وليس في شهادة الذميين على النكاح شهادة على المسلم بل شهادة له بإثبات ملك المتعة له على الذمية ، وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة ، وعليه فالنكاح صحيح بشهادة الذميين . أما عند الأنكار فينظر ان كان إنكار الزوجية من الزوجة فإن شهادة شهود النكاح من أهل الذمة تقبل ، لأنها شهادة للمسلم لا عليه ، وان كان الإنكار من الزوج فلا تقبل شهادتهم لأن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز لما فيها من معنى الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم [١] .

وقول أبي حنيفة هو الراجح لقوة استدلاله ووجاهته ولأن الشهادة « في الزواج إنما تكون في الواقع قاصرة على المرأة اذ الزوج يشارك الزوجة في أصل حق الاستمتاع ويزيد عليها باختصاصه بها بحيث لا تحل لغيره وهي في عصمته ، فيراعى جانب المشهود عليها التي عليها الحق الغالب » [٢] . كما ان الواجب في عقد النكاح إعلانه [٣] ، والعلانية تتحقق بالشهادة [٤] ، ولو كان الشهود من غير المسلمين .

٣٠٠ - الولي في الزواج :

من المقرر عند الفقهاء ان الولاية في النكاح تثبت لغير المسلم على غير المسلم ، فالأب الذمي مثلاً له الولاية على تزويج إبنته الذمية ، وهذه الولاية تثبت سواء أكان الولي والمولى عليه غير المسلمين متحدين أو مختلفين ديناً ، إلا أن الحنابلة يشترطون لثبوت هذه الولاية بين غير المسلمين اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه ، فإن اختلفا ديناً فلا ولاية

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ ، الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص٣٥٣ - ٣٥٥ ، شرح العناية جـ ٢ ص ٣٥٤ .

(٢) الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٤ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١ .

(٤) وهي الحد الادنى للعلانية عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، وهي عندهم تجب وقت اجراء العقد ، فلا يصح أن تكون في غير مجلس العقد أو قبله . وعند مالك يشترط الاعلان والاشهار وقت العقد فلو تم العقد وتوافرت العلانية بأن حضره جمع من النساء والصبية لكن لم يتوافر له نصاب الشهادة فالعقد صحيح عنده ، ولكن يشترط لحل الدخول بها أن يتم الاشهاد ، فوقت الشهادة عند مالك الى وقت الدخول : المرجع السابق ص ٢٤ .

بينهما ، ولهذا لا يلي عندهم النصراني مثلاً تزويج إبنته المجوسية •

والحجة في ثبوت الولاية في النكاح لغير المسلم على غير المسلم قوله تعالى « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ولان الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة على تحصيل النظر في حق المولى عليه •

والولاية في النكاح تثبت لغير المسلم على غير المسلم سواء أراد الولي تزويج المولى عليه بمسلم أو بغير مسلم • وعلى هذا اذا تزوج المسلم ذمية أو مستامنة فوليها غير المسلم هو وليها في هذا الزواج • وهذا مذهب الشافعية والمالكية والحنفية والظاهرية والزيدية والحنابلة ، إلا أن أبا يعلى الحنبلي قال : لا يزوجها للمسلم إلا الحاكم لأن الإمام أحمد قال لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة لأنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلا يصح بولايـة غير مسلم كنكاح المسلمين • وقد ردّ ابن قدامة الحنبلي على أبي يعلى بأن الشهود إنما يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية [1] •

(١) المغني جـ ٦ ص ٤٧٢ — ٤٧٣ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٣٠ ، الكاساني جـ ٢ ص ٢٣٩ ، الزيلعي جـ ٢ ص ١٢٦ ، الهداية جـ ١ ص ٢٨٤ الدر المختار جـ ٢ ص ٤٢٩ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٦ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١١ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٧٣ ، شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٢٨ •

ومن الجدير بالذكر هنا ان الولاية فى النكاح منقطعة بين المسلم وغير المسلم ، فلا يزوج المسلمة وليها اذا كان غير مسلم ، لأن غير المسلم لا ولاية له على المسلم ، وعلى هذا اجماع أهل العلم • وكما لا تثبت الولاية في النكاح لغير المسلم على المسلم ، لا تثبت كذلك للمسلم على غير المسلم ، ولكن تثبت للمسلم الولاية فى النكاح على غير المسلم بالسبب العام ، كولاية السلطان والقاضي ، عند عدم وجود الولي الخاص ، ففي هذه الحالة يكون للقاضي أو السلطان تزويج غير المسلمة : الزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٢ ص ١٢٥ — ١٢٦ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٢٨٤ ، فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢ ، الكاساني جـ ٢ ص ٢٣٩ ، المهذب جـ ٢ ص ٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٥٦ ، شرح منهج الطلاب جـ ٣ ص ٣٤٤ ، فتح العزيز جـ ٨ ص ١١ ، شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٢٨ ، الزرقاني على مختصر خليل جـ ٣ ص ١٨٢ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٧٣ ، المغني جـ ٦ ص ٤٧٢ •

وعند الشيعة الامامية تثبت الولاية في النكاح للمسلم على غير المسلم ولو لم تكن بالسبب العام ، فقد جاء فى كتاب الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١١ : « لا ولاية فى النكاح ولا فى المال للذمي على مسلم وتثبت للمسلم على الذمي » •

٣٠١ — دين ولد المسلم :

اذا تزوج المسلم كتابية فولده منها يعتبر مسلماً تبعاً له فيالاسلام ، لأن القاعدة عند فقهاء المسلمين أن الصغير يتبع خير الأبوين ديناً . وهذا ما صرح به فقهـاء الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية والاباضية . وقال مالك إن الصغير يتبع أباه فقط في الدين ولا يتبع أمه [١] . وما ذهب اليه الفقهاء من أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً هو القول الصحيح الذي يجب المصير اليه لأنه أنظر للصغير وأصلح له ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه [٢] .

ويلاحظ هنا أن الحنفية يقولون بتبعية الصغير في الدين لخير الأبوين ديناً اذا لم تختلف الدار ، بأن كانا في دار الاسلام أو في دار الحرب ، أو كان الصغير في دار الاسلام والوالد المسلم في دار الحرب لأنه يعتبر من أهل دار الاسلام حكماً . أما اذا كان الصغير في دار الحرب ووالده في دار الاسلام فأسلم فإن ولده يكون مسلماً تبعاً له لأنه لا يمكن أن يعتبر الوالد من أهل دار الحرب بخلاف العكس [٣] . وعند الزيدية يحكم للصبي أيضاً بأنه مسلم دون أبويه بكونه في دارنا دونهما [٤] ، وهذا توسع من الزيدية في تبعية الصغير لدار الاسلام في الاسلام .

---

(١) شرح الكنز للزيلعي جـ ٢ ص ١٧٣ ، الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٦ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٥٥ ، فتح العزيز جـ ٨ ص ١٠ ، المغني جـ ٧ ص ٨٠٠ ،شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٨١ ، المحلى جـ ٧ ص ٣٢٢، شرح النيل جـ ٣ ص١٩٣ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٦٩ : وحكم باسلام من لم يميز لصغر أو جنون باسلام أبيه فقط ، وغير الأب لا يحكم باسلام الولد بسبب اسلامه على المشهور .

(٢) الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٣ ، الأبياني جـ ١ ص ١٩٢ .

(٣) شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ١٦٣ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٢ ص١٧٣ .

(٤) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٨١ : واعلم ان الصبي مسلم اي تثبت له أحكام الاسلام باسلام أحد أبويه وان كان الآخر كافراً ، ويحكم للصبي أيضاً بانه مسلم دون أبويه بكونه في دارنا دونهما .

٣٠٢ ــ وبصدد بيان دين الصغير ، وحسب قاعدة الصغير يتبع خير الأبوين ديناً ، نتساءل هنا عن دين الصغير اذا كان أحد أبويه مسيحياً والآخر إسرائيلياً ٠ الذي وقفت عليه ، هو أن الفقهاء وجدتهم يصرحون بأن دين الكتابي خير من دين المجوسي [1] ، ولم أقف على قول لهم في التفضيل بين اليهودية والمسيحية سوى ما أشار اليه الاباضية عند كلامهم على من تدفع اليه الزكاة عند عدم وجود المسلم ، فقد قالوا : « ٠٠٠ وإلا فلنصراني ٠٠ وإلا فليهودي ٠٠ وإلا فلمجوسي » [2] ٠ وهذا الكلام يدل على أن المسيحية عند الاباضية خير من اليهودية ٠ والواقع ان الأمر هكذا ، فالمسيحية خير من اليهودية ، لأنها مكملة لها وجاءت بعدها ، ولأن المسيحيين أقرب مودة للمسلمين كما نطق القرآن ٠ والقرآن الكريم ذم اليهود ، لما صاروا اليه واتصفوا به ، بما لم يذم بمثله النصارى ٠ وعلى هذا أرى ، على قياس قول الفقهاء إن الصغير يتبع خير الأبوين ديناً ، أن الصغير بين والدين ، يهودي ومسيحي ، يتبع في الدين من كان مسيحياً منهما ٠

٣٠٣ ــ ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

بينا الحكم الفقهي في مسألة زواج المسلم بذمية أو مستأمنة وما يتعلق بهذا الزواج ٠ فهل تطبق هــذه الأحكام الفقهية في الوقت الحاضر أم لا ؟

أما في العربية السعودية ، فان ما ذكرناه عن المذهب الحنبلي ، بصدد نكاح المسلم ذمية أو مستأمنة ، يطبق فيها ٠ وعلى هذا يجوز للمسلم أن يتزوج ذمية أو مستأمنة بشرط أن تكون كتابية ، وإن كان الأولى عدم زواجه بالكتابية كما نقلنا عن صاحب المغني الحنبلي ٠ ووليها غير المسلم يزوجها إياه بشرط أن يكون الشهود مسلمين ٠ وولده منها يكون مسلماً تبعاً له ٠

---

(١) المبسوط جـ ١٧ ص ٨٣ : لأن دين اليهودي والنصراني اذا قوبل بدين المجوس فدين المجوس شر منه . والزيلعي جـ ٢ ص ١٧٣ ٠

(٢) شرح النيل جـ ٢ ص ١٣٣ ٠

أما في العربية المتحدة ، فالمعمول به هو أحكام المذهب الحنفي على الراجح منه فيما لم ينص عليه قانون وضعي في مسائل النكاح ، طبقاً للمنصوص عليه في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . وعلى هذا يجوز للمسلم الزواج بغير مسلمة ، ذمية كانت أو مستأمنة على أن تكون كتابية لا مجوسية ولا وثنية . أما لو كانت صابئية فيجوز أيضاً نكاحها على قول أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه ، وقول أبي حنيفة يرجح على قول صاحبيه عند أكثر علماء الحنفية إلا اذا كانت ضرورة تقضي باتباع قول الصاحبين أو ظهر ضعف قول أبي حنيفة بالدليل [١] . والواقع أن الصابئة في الوقت الحاضر ، كما عندنا في العراق ، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويدّعون إتباع شريعة آدم عليه السلام ، وان بأيديهم الكنزبرا أي صحف آدم ، وأن يحيى عليه السلام نبي لهم ، جاء لينقي شريعة آدم مما علق بها من بدع وأباطيل [٢] . وعلى هذا ينبغي القول بجواز نكاح نساء الصابئة لأنهم من جنس أهل الكتاب فيعاملون على هذا الأساس . كما ينبغي أن يكون قول الصاحبين كقول أبي حنيفة في جواز نكاحهن ، لأن الصاحبين بنوا قولهما بالمنع من نكاحهن على أساس أن الصابئة من عبدة الأوثان [٣] ، وهم في الوقت الحاضر ليسوا كذلك .

ويجوز أن يكون الشهود على هذا النكاح من غير المسلمين ، لأن هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقولهما هو الراجح عند اتفاقهما على رأي [٤] . والولي في هذا الزواج هو ولي المرأة ولو كان غير مسلم . وولد المسلم مسلم أيضاً تبعاً لأبيه .

وقد كان زواج المسلم بغير المسلمة ، قبل الغاء المحاكم الشرعية ،

---

(١) كتاب «أبو حنيفة» لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٥٧–٤٥٨ .
(٢) الصابئون في ماضيهم وحاضرهم تأليف عبدالرزاق الحسني ص ٣٣ وما بعدها .
(٣) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأبياني جـ ١ ص ٥٥ — ٥٦ .
(٤) أبو حنيفة لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٥٧ .

يجري من قبل القاضي الشرعي ، لأن المأذون الشرعي كان ممنوعاً من مباشرة عقد هذا الزواج ، وكان على القاضي الشرعي إفهام المرأة بأحكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بهذا النكاح ، فإذا ما رضيت باشر العقد وأجراه ووثقه . وبعـد الغاء المحاكم الشرعية استمر منع المأذونين الشرعيين من مباشرة زواج المسلم بغير المسلمة ، فقد نصت المادة التاسعة عشرة من لائحة المأذونين التي صدرت بقرار من وزير العدل في يناير سنة ١٩٥٥ على أنه « لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج اذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبي الجنسية » وأصبح الآن مباشرة هذه العقود من اختصاص مكاتب التوثيق التابعة لوزارة العدل بعد اتخاذ الاجراءات الخاصة وإعلام المرأة الكتابية بأحكام الاسلام في الزواج والطلاق والإرث وديانة الأولاد حتى تكون على بينة من أمرها[١] .

أما في العراق ، فقد نص قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في مادته السابعة عشرة : « يصح للمسلم أن يتزوج كتابية » . وهذا هو الحكم الشرعي عند جمهور الفقهاء ، إلا أنه لا يصح زواج المسلم بمجوسية لأنها ليست كتابية كما بينا . أما زواجه بصابئية فقد ذكرنا الخلاف في هذه المسألة ، وحيث أن المعمول به في العراق ، فيما عدا ما نص عليه القانون هو أحكام الفقه الحنفي ، فإنه يجوز زواج المسلم بصابئية على قول أبي حنفية ، باعتبار أن الصابئة من جنس أهل الكتاب ، ويؤيد هذا حال الصابئة في الوقت الحاضر . أما الشهود على زواج المسلم بالكتابية ، فلا يشترط فيهم الاسلام لأن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يشترط هذا الشرط[٢] . والولي في هذا النكاح هو ولي المرأة ولو كان غير مسلم كما هو المقرر في الفقه الحنفي .

(١) الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٥٧ . أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٦٧ — ١٦٨ .

(٢) جاء في المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بصدد شروط الزواج ما يأتي : .... شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج .

والصغير المولود في هذا النكاح يتبع الأب المسلم في الاسلام طبقاً لقاعدة الصغير يتبع خير الوالدين ديناً .

وقد اشترط القانون تسجيل عقد الزواج في المحكمة المختصة [١] . وهي هنا المحكمة الشرعية ، لأن الزوج مسلم ، وعلى هذا يجري العمل في المحاكم الشرعية في العراق .

الفرع الثاني

زواج المسلمة بذمي أو مستامن

٣٠٤ — لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم عند جميع الفقهاء ، فإذا تزوجت به فالزواج باطل لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » ولأن في زواج المسلمة بغير المسلم خوف وقوعها في الكفر ، لأن الزوج قد يدعوها الى دينه ، والنساء في العادة يتبعن الرجال ويقلدنهم في الدين [٢] .

٣٠٥ — والمعمول به حالياً ، في العراق والعربية المتحدة والسعودية

---

(١) نصت المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ : يسجل عقد الزواج فى المحكمة المختصة بدون رسم فى سجل خاص وفقاً للشروط الآتية :

١ — تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج على أن يوقع هذا البيان من العاقدين . . . .

٢ — يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون .

٣ — يدون ما تضمنه البيان فى السجل ويوقع بامضاء العاقدين أو بصمة ابهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج .

(٢) الأم للشافعي جـ ٥ ص ٥ ، أحكام القرآن للشافعي جـ ١ ص ١٨٩ ، الكاساني جـ ٢ ص ٢٧١ — ٢٧٢ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٤٠١ ، المغني جـ ٦ ص ٦٣٤ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٦١ ، الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٥٧ . وآية « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وردت في سورة البقرة جـ ٢ الآية ٢٢١ .

وغيرها من بلاد الاسلام ، حرمة زواج المسلمة بغير المسلم . واذا وقع مثل هذا النكاح فهو « باطل لا وجود له حكماً وان وجد في الصورة فلا يترتب عليه أي أثر بعد الدخول أو قبله لانتفاء المحلية الأصلية التي هي شرط انعقاده » [١] . وعلى هذا لا يثبت به نسب إلا أن أبا حنيفة يرى ان النكاح الباطل لانتفاء المحلية يثبت به النسب لوجود العقد صورة ، خلافاً للصاحبين . وقد استظهر كمال الدين بن الهمام عدم ثبوت النسب به ورجح ذلك ، لأن الزنى لا يثبت به النسب [٢] .

وعلى ما استظهره ابن الهمام ، اذا سافرت المسلمات الى خارج بلاد الاسلام لتلقي العلم هناك وتزوجن بغير مسلمين فإن زواجهن باطل غير منعقد ولا يثبت به نسب . إلا ان صاحب المغني ذكر ان الزواج في العدة باطل لا يترتب عليه أثر ولا يثبت فيه نسب اذا كان الزوجان عالمين بالعدة وتحريم النكاح فيها ، فإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر ثم قال : « وان علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا نسب له ، وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به ، وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبه نكاح ذوات محارمه » [٣] . وقياساً على هذا القول يمكن أن يقال ان المسلمة اذا تزوجت بغير مسلم في دار الحرب فإن نسب الولد من هذا النكاح يلحق به لأنه يعتبر جاهلاً بالتحريم لأن دار الحرب دار جهل بالأحكام الشرعية ، أما بالنسبة لها فإنها تعتبر عالمة بالتحريم لأنها من دار الاسلام ، والعلم بالأحكام الشرعية في هذه الدار مفترض في أهلها ، فعليها الحد ولا مهر لها .

(١) الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٠ .
(٢) عقد الزواج وآثاره لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ١٩١–١٩٢ .
(٣) المغني جـ ٧ ص ٤٨٤ .

المطلب الثاني

أنكحة الذميين والمستأمنين فيما بينهم

٣٠٦ — قال الحنفية « كل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر » [١] . وعلل صاحب فتح القدير هذا بقوله : « لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة ، فحيث وقع من الكفار وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته ، وبه قال الشافعي وأحمد » [٢] .

ومذهب الشافعية هو كما ذكر عنهم صاحب فتح القدير ، فقد صرحوا بأن ما صح من أنكحة بين المسلمين صح بين غير المسلمين [٣] .

اما الحنابلة فقد أطلقوا القول بصحة نكاح غير المسلم[٤]، ولم يقيدوه بما ذكره عنهم صاحب فتح القدير .

وخالف المالكية فقالوا بفساد أنكحة غير المسلمين [٥] ، ولكن قولهم

---

(١) الدر المختار جـ ٢ ص ٥٣٠ ، المبسوط جـ ٥ ص ٤٠ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣١٠ : « كل نكاح جاز بين المسلمين وهو الذي استجمع شرائط الجواز فهو جائز بين أهل الذمة » .

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٢ ، المبسوط جـ ٥ ص ٤٠ .

(٣) متن المنهاج ومغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٢ ، حاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٣٧٩ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٣٣٣ .

(٤) شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٢ : باب نكاح الكافر .. وهو صحيح وحكمه كنكاح المسلمين فيما يجب به ... ودليل صحته قوله تعالى : « وامرأته حمالة الحطب » وقوله تعالى : « وامراة فرعون » فأضاف النساء اليهم ، وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة .

(٥) شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٧ : « ان أنكحة الكفار فاسدة على المشهور ، ولا يتأتى استيفاء الشروط لأن من شروط صحة النكاح اسلام الزوج ، فقول من قال انه اذا استوفى الشروط فصحيح والا فلا ، غلط » .

وفى مواهب الجليل للحطاب جـ ٢ ص ٤٧٨ : « وانكحتهم فاسدة اجتمعت الشروط أو لم تجتمع ، وهو المشهور وقيل صحيحة » . والشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٦٧ .

هذا ضعيف مردود [1] .

٣٠٧ — ولكن اذا كان النكاح فاسداً عند غير المسلمين لفوات بعض الشروط التي يشترطونها لصحته كما لو تزوجت يهودية بمسيحي أو بالعكس فهذا النكاح فاسد عندهم لاختلاف الدين بين الزوجين [2] فهل يكون فاسداً أيضاً في نظر فقهاء المسلمين بالرغم من استيفائه شروط الصحة المقررة في الفقه الاسلامي ؟ تعرضت محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية لهذه المسألة في حكمها الصادر في ١٨/١١/١٩٥٦ في القضية ١٤١٦/٥٦ وخلاصتها ان كاثوليكية رفعت دعواها على زوجها الأرثوذكسي تطلب فيها طلباً أصلياً الحكم ببطلان عقد زواجها به لأن قانون الأحوال الشخصية للأقباط الكاثوليك ينص على انه يقع باطلاً الزواج بين شخص كاثوليكي وشخص غير كاثوليكي . فرفضت المحكمة هذا الطلب وأسست رفضها على ان الشريعة الواجبة التطبيق هي الشريعة الاسلامية لاختلاف الزوجين ملة وان الشريعة الاسلامية تعتبر هـذا الزواج صحيحاً لتوافر شروط انعقاده وشروط صحته [3] .. وهذا الحكم يتفق وما جاء في البدائع للكاساني : « ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم

---

(١) فقد رد الحنفية على المالكية بحق ، فقالوا : « ان الله تعالى قال : وامرأته حمالة الحطب . فهذه الاضافة قاضية عرفاً ولغة بالنكاح ، وقد قصها الله تعالى فى كتابه مفيدة هذا المعنى . والنبي (ص) قال : ولدت من نكاح لا من سفاح . فسمى (ص) ما وجد من أنكحة الجاهلية نكاحاً ، وفيروز أسلم عن أختين فقال له النبي (ص) اختر احداهما ، ولو لم يكن نكاحه لهما صحيحاً لما خيره النبي (ص) ولأمره بتجديد نكاحه . وابن غيلان اسلم على عشر زوجات فقال لـه النبي (ص) أمسك أربعاً ، وقـد أسـلم خلق كثير على عهـد رسول الله (ص) ولم ينقل قط ان أهل بيت جددوا أنكحتهم . فتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٢ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٣٠ .

(٢) احكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين لحلمي بطرس ص ٢١١ ، والأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين في الشريعتين المسيحية والموسوية تأليف محمد محمود نمر والفى بقطر حبشي ص ٢١٦ وما بعدها .

(٣) شرح مبادىء الأحوال الشخصية للطوائف غير الملية تأليف اهـاب حسن اسماعيل ص ١٢١ .

لبعض وان اختلفت شرائعهم لأن الكفر كله كملة واحدة » [١] .

إلا ان الزيدية يرون ان اختلاف الدين مانع من الزواج حتى بين غير المسلمين ، ومعنى ذلك ان هذا النكاح يكون فاسداً في حكم الفقه الاسلامي حسب الاجتهاد الزيدي ، كما هو فاسد عند غير المسلمين ، فقد جاء في شرح الأزهار في فقه الزيدية « فلا تحل الكافرة للمسلم ولا المسلمة للكافر ولا اليهودية للنصراني ولا العكس ، وكذلك كل إمرأة تخالف الرجل في ملته فإنها تحرم عليه ويحرم عليها سواء كانا كافرين أم مسلماً وكافراً » [٢] .

ونحن نرى ان من السائغ الأخذ برأي الزيدية ، في هذه المسألة ، عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين على أساس الشريعة الاسلامية في مختلف مذاهبها ، لأنه رأي إجتهادي .

٣٠٨ — ولكن اذا كان النكاح فاسداً بين المسلمين كالنكاح بلا شهود وفي العدة أو نكاح المحارم ، فهل يكون فاسداً أيضاً بين غير المسلمين ؟ واذا قلنا بفساده هل يقرون عليه أم لا ؟ واذا قلنا باقرارهم عليه فما الحكم اذا ترافعوا إلينا أو أسلموا ؟

للجواب عن هذه المسائل تتكلم عن حكم الأنكحة الفاسدة بين المسلمين اذا أجراها غير المسلمين فيما بينهم وكانت جائزة في دينهم [٣] . في حالتين :

الحالة الأولى — حكم هذه الأنكحة قبل الترافع وقبل الاسلام .

الحالة الثانية — حكم هذه الأنكحة بعد الترافع أو بعد الاسلام .

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٢٧٢ ، المبسوط ج ٥ ص ٤٤ .

(٢) شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٣) وانما قلنا اذا كانت جائزة في دينهم ، لانها اذا لم تكن جائزة في دينهم فلا يصح في هذه الحالة اقرارهم عليها لانها تعتبر زنى وهم لا يقرون على الزنى في دار الاسلام : شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٩٣ ، الفقه على المذاهب الاربعة جـ ٤ ص ٢٠٠ .

الحالة الأولى

حكم الأنكحة الفاسدة قبل الترافع الينا وقبل الاسلام

٣٠٩ — ذهب الحنابلة والشافعية الى ان هــذه الأنكحة تعتبر صحيحة في حقهم وان كانت فاسدة بين المسلمين ، ما داموا يعتقدون جوازها ، ويقرون عليها ولا يتعرض لهم بشأنها [١] . وعند المالكية يقرون على أنكحتهم وان كانت هي في ذاتها فاسدة [٢] .

وعند الحنفية اختلاف : فعند أبي حنيفة تعتبر صحيحة في حقهم اذا اعتقدوا جوازها ولا يتعرض لهم بشأنها . وحجته ان الحرمة في هذه الأنكحة الفاسدة ثبتت حقاً للشرع وهم لا يخاطبون بحقوقه فلا تثبت في حقهم ، ولا يمكن اثباتها حقاً للزوج لأنهم لا يعتقدون ذلك ، فتصح هذه الأنكحة في حقهم ولا يتعرض لهم بشأنها ، لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون ، إلا نكاح غير المسلم معتدة من مسلم فإنه فاسد بالإجماع ويفرق بينهما لحق المسلم .

وعند أبي يوسف ومحمد ، الأنكحة الفاسدة في حق المسلمين فاسدة في حقهم أيضاً إلا النكاح بلا شهود ، ولا يتعرض لهم بشأنها ، رعاية لعقد الذمة ، إعراضاً لا تقريراً . وقال أبو يوسف في قوله الأخير يتعرض للذمي اذا تزوج إحدى محارمه ولو قبل المرافعة أو الاسلام . وحجة الصاحبين هي ان هذه الأنكحة الفاسدة بين المسلمين ، كالنكاح

(١) المغني جـ ٦ ص ٦١٣ — ٦٣٨ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٧ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٢ ، الاختيارات لابن تيمية ص ١٣٢ . « واختلف في انكحة الكفار والصواب انها صحيحة » ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١١٠ — ١١٧ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٦ ، تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣٣٢ — ٣٣٥ ، شرح المنهج وحاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٣٧٩ .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٦٢ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٤٩ : « ولا يمنعون بالزواج من البنات والأمهات » .
والزيدية يرون أن الأنكحة الفاسدة قطعاً بين المسلمين فاسدة أيضاً بين غير المسلمين ، ولا يقرون عليها كنكاح المحارم وان لم يترافعوا الينا ، وقال بعض الزيدية كالمؤيد بالله والامام يحيى بن حمزة يقرون عليها ولا نبطلها حتى يترافعوا الينا : البحر الزخار جـ ٣ ص ١٤٧ .

في العدة ونكاح المحارم ، مجمع على فسادها عدا النكاح بلا شهود ، فتلزم أهل الذمة لأنهم يلتزمون أحكامنا المجمع عليها بخلاف المختلف فيها كالنكاح بلا شهود ، فإنه مختلف في فساده بين فقهاء المسلمين فلا يلزمهم لأنهم لا يلتزمون أحكامنا بجميع الاختلافات .

وحجة أبي يوسف في قوله الأخير بوجوب التعرض لهم في نكاح المحارم هو ما روي عن عمر بن الخطاب انه كتب الى عماله : أن فرقوا بين المجوس ومحارمهم . ولقول الله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » من دون شرط المرافعة ، وقد أنزل الله حرمة هذه الأنكحة فيلزم الحكم بها مطلقاً . ولأن الأصل في الشريعة العموم في حق الناس كافة إلا انه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن تنفيذها في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها ، ولأن النكاح الفاسد زنى من وجه فلا يمكّنون منه كما لا يمكّنون من الزنى في دار الاسلام [1].

ويلاحظ هنا ان مقتضى تعليل أبي يوسف لزوم التعرض لهم بشأن نكاح المحارم ، أن يكون الحكم عنده كذلك في جميع الأنكحة المجمع على فسادها ، ولكنه لم يقل به إلا في نكاح المحارم . ويظهر ان السبب هو ورود الأثر فيه دون غيره عن عمر بن الخطاب .

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٤٣٦ ، المبسوط جـ ٥ ص ٣٨ — ٣٩ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣١١ ، الهدية والعناية جـ ٢ ص ٥٠٢ — ٥٠٤ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٥٣٣ ، شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ١٦٣ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٢ ص ١٧٢ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٣٣٧ ، ارشاد الأمة الى أحكام الحكم بين اهل الذمة للشيخ محمد بخيت ص ٢١ — ٢٢ .

ويلاحظ هنا ان ذكر الصاحبين ، ابي يوسف ومحمد ، لأهل الذمة فقط لا يعني ان اختلاف الحنفية في حكم انكحة الكفار يختص بالذميين بل يشمل المستأمنين ايضاً . انظر كتاب ارشاد الامة الى أحكام الحكم بين أهل الذمة للمرحوم الشيخ محمد بخيت ص ٢١ — ٢٢ . كما ان المستأمن عند الحنفية ، يلتزم احكام الاسلام مدة مقامه في دار الاسلام : شرح السير الكبير جـ ٣ ص ٢٢٦ ، الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ ، والنكاح عندهم من المعاملات : فتح القدير جـ ٢ ص ٤٨٣ ، ٥٠٤ ، شرح العناية جـ ٢ ص ٤٨٣ .

٣١٠ ـ القول الراجح :

والقول الراجح هو صحة أنكحتهم الفاسـدة بين المسلمين اذا اعتقدوا صحتها ، ولا يتعرض لهم بشأنها •

والدليل على ذلك من وجوه :

أولا ـ الدليل على صحة أنكحتهم :

إن الحنفية عندما قالوا : ان ما صح من أنكحة بين المسلمين صح بين غير المسلمين ، وذكروا خلاف مالك وقوله بفسادها ، ردوا عليه بقوله تعالى : « وامرأته حمالة الحطب » الى آخر ما احتجوا به وقد ذكرناه سابقاً [1] • وهذه الأدلة التي احتجوا بها لا تدل فقط على ان ما صح من أنكحة بين المسلمين صح أيضاً بين غير المسلمين ، بل تدل أيضاً على ان أنكحة غير المسلمين صحيحة في حقهم مطلقاً ولو كانت فاسدة في حق المسلمين ، اذ من أين لنا ان نكاح أبي لهب كان على وفق النكاح الصحيح بين المسلمين ؟ كما ان الحديث الذي فيه اسلام فيروز على زوجتين وكانتا أختين وان النبي (ص) أمره ان يختار احداهما ، وحديث اسلام ابن غيلان على عشر زوجات ، وان النبي (ص) أمره أن يمسك أربعاً منهن ، يدل هذان الحديثان على ان نكاح الجاهلية صحيح في حقهم ، والا لأمرهما النبي (ص) بتجديد النكاح أو لسألهما عن كيفية نكاحهما •

ثانياً ـ والدليل على اقرارهم على أنكحتهم وعدم التعرض لهم بشأنها :

أ ـ ان النبي (ص) أقرّ مجوس هجر على أنكحتهم مع علمه بأنهم يستحلون نكاح المحارم ، ولم يكتب لهم بشأنها كما كتب لهم بشأن الربا يأمرهم ان يتركوه • وكذلك كان موقفه صلى الله عليه وسلم مع نصارى نجران وغيرهم ممن عقد لهم الذمة ، فقد أقرهم على أنكحتهم ولم يتعرض لهم بشأنها •

ب ـ ان المسلمين لما فتحوا بلاد فارس لم يتعرضوا للمجوس بل

---

(١) انظر هامش (١) ص ٣٥٧ من هذه الرسالة .

أقروهم على أنكحتهم . وما ذكره أبو يوسف عن عمر بن الخطاب انه كتب الى عماله أن فرقوا بين المجوس وبين امهاتهم لا يثبت ، لأنه لو ثبت لنقل إلينا عن طريق الاستفاضة لتوافر الدواعي الى نقله . فلما لم ينقل دلّ على انه غير صحيح . ويؤيد ما تقوله أنّ عمر بن عبدالعزيز كتب الى الحسن البصري : ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير ؟ فكتب اليه الحسن البصري : انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون ، وانما أنت متبع ولست بمبتدع .

جـ ـ الآية الكريمة « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » قال عنها الجصاص ، من أئمة الحنفية ، انها تفيد الحكم بما أنزل الله اذا جاؤا إلينا لأن قوله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » يدل على انهم يخلون وأحكامهم اذا لم يجيئوا إلينا ، إلا ان التخيير بين الحكم وعدمه نسخ بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولا دليل على نسخ شرط المجيء ، فيكون تقدير الآيتين الكريمتين : فإن جاؤك فاحكم بينهم بما أنزل الله (١) .

٣١١ ـ ما عليه العمل فى الوقت الحاضر :

والذي عليه العمل في الوقت الحاضر ترك الذميين وما يدينون ، فلا يتعرض لهم بشأن أنكحتهم ، وهذا هو المطبق في العربية المتحدة والعراق وغيرهما من بلاد الاسلام كالعربية السعودية . لأن أنكحتهم في العربية المتحدة والعراق تنظمها شرائعهم الدينية ، وتكون الولاية للشريعة الاسلامية عند ترافعهم في بعض الأحوال كما سنبينه فيما بعد .

وفي السعودية يطبق المذهب الحنبلي وهو يرى اقرارهم على أنكحتهم كما قلنا .

---

(١) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٦ ـ ٤٣٧ ، المبسوط جـ ٥ ص ٣٩ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣١١ ـ ٣١٢ ، حاشية الشلبي جـ ٢ ص ١٧٣ .

الحالة الثانيــة

حكم الأنكحة الفاسدة بعد الترافع أو بعد الاسلام

٣١٢ — القاعدة عند الحنابلة والشافعية والمالكية والشيعة الامامية والزيدية ، ان الزوجين غير المسلمين اذا ترافعا أو أسلما أقرا على نكاحهما اذا كانت المرأة تحل للزوج حال المرافعة أو الاسلام ، ولا ينظر الى صيغة العقد ولا الى كيفيته ولا الى توافر شروط صحته من ولي أو شهود ، فقد أسلم خلق كثير على عهد رسول الله (ص) وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي (ص) عن كيفيتها ، فمن الأولى ان يكون الحكم هكذا اذا ترافعوا إلينا قبل الاسلام • اما اذا كانت المرأة لا تحل للزوج وقت المرافعة أو الاسلام ، كما لو كانت من محارمه ، فإنه في هذه الحالة يفرق بينهما ولا يقران على نكاحهما لحرمة المحل [١] • ولو كان للزوج أكثر من زوجة واحدة لا يجوز جمعهن كأكثر من أربع زوجات أو أختين فعليه أن يمسك من الأختين واحدة ، ومن الأكثر من أربع أربعاً ويفارق الباقيات ، سواء جرى نكاحهن بعقد واحد أو بعقود متفرقة [٢] •

ولوَ كان تحته إمرأة وأمها وأسلمتا معه قبل الدخول فسد نكاح الأم وثبت نكاح البنت ولزم التفريق بينه وبين الأم • وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم عليه بمجرد العقد على ابنتها ، والبنت لا تحرم قبل الدخول بامها ، واذا كان قد دخل بهما حرمتا على التأبيد : الأم لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيبة من زوجته التي دخل بها • وان

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٦١٣ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٩٣ — ٩٤ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٨ ، الأم جـ ٥ ص ٤٤ ، ٥٠ ، ٥١ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٤ — ٥٥ ، تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣٣٠ وما بعدها ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١٠٥ ، المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٦١ — ١٦٢ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨٧ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ١٤٧ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٦٢٠ ، ٦٢٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٧٣ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٦ ، مختصر المزني جـ ٣ ص ٢٨٩ ، الأم جـ ٤ ص ١٣٣ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٣٠ ، التاج والاكليل لمختصر خليل للامام المواق جـ ٢ ص ٤٨٠ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨٧ .

كان قد دخل بالأم وحدها فكذلك الحكم ، لأن البنت تكون ربيبة مدخولاً بامها ، والأم حرمت بمجرد العقد على إبنتها ، وان دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها . ونفس هذه الأحكام تثبت في حقهم في حالة مرافعتهم قبل الاسلام [١] .

٣١٣ ـ وعند الحنفية تفصيل واختلاف :

أ ـ اذا جرى نكاح غير المسلمين بلا شهود أو في عدة آخر غير مسلم ، والعدة لم تنقض [٢] ، وهما يدينان ذلك ، فعند أبي حنيفة يقران على هذا النكاح . وعند زفر لا يقران عليه . وأبو يوسف ومحمد مع أبي حنيفة في النكاح بلا شهود ، ومع زفر في النكاح في العدة .

احتج أبو حنيفة ، بأن هذا النكاح وقع صحيحاً في حقهم لأنهم يدينون ذلك ، واذا صح النكاح فحال المرافعة أو الاسلام حال بقاء النكاح ، والشهود شرط ابتدائه لا بقائه . وكذلك العدة لا تمنع بقاء النكاح ، ألا يرى ان امرأة تحت زوج لو طرأت عليها العدة من وطء بشبهة لم يمنع ما وجب من العدة بقاء النكاح .

واحتج زفر بأنهم لما التزموا بعقد الذمة أحكام الاسلام ، ومنها فساد النكاح بلا شهود ، لزم الحكم بالتفريق بينهما لفساد هذا النكاح .

واحتج أبو يوسف ومحمد ، بأن هـذا النكاح ـ النكاح بلا شهود ـ مختلف في فساده ، وهم لم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات، بخلاف النكاح في العدة فإنه مجمع على فساده ، فليزمهم حكمه وهو

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٦٢٧ ـ ٦٢٨ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٧٣ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٥ ـ ١٩٦ شرح منهج الطلاب جـ ٣ ص ٣٨١ .
وعند المالكية اذا أسلم غير المسلم وكان تحته أم وبنت ولم يمسهما فان له أن يمسك ايتهما شاء ويفارق الأخرى وان مس احداهما مسك التي مس وفارق الأخرى ، وان مس الاثنتين فارقهما جميعا : المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٦٠ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٣١ ، المواق جـ ٢ ص ٤٨٠ .

(٢) العدة مدة حددها الشرع لانقضاء ما بقي من آثار النكاح ، والغرض منها التأكد من براءة الرحم دفعاً لاختلاط المياه والأنساب . وسيأتي الكلام عنها فيما بعد .

وجوب التفريق بينهما [١] .

ويلاحظ هنا أمران :ــ

الأول ــ ان فقهاء الحنفية قالوا ان الاختلاف بين أبي حنيفه وأصحابه في النكاح في العدة إنما هو اذا كانت العدة لم تنقض وقت الترافع أو الاسلام ، اما لو كانت منقضية فإنهم يقرون عليه بالاجماع [٢] . فقولهم بالإجماع فيه نظر ، اذ كيف يكون هذا الاجماع ، والنكاح في العدة وقع فاسداً في رأي الصاحبين وزفر ، ومقتضى قولهم بالفساد ان يحكم بفساده عند الترافع أو الاسلام ولو بعد انقضاء العدة ، لأن الفساد لا يرتفع بالترافع بل يتأكد .

الثاني ــ ان قول أبي حنيفة في صحة انكحتهم في العدة مبني على اعتقادهم ، فإذا اعتقدوا وجوب العدة فينبغي أن يكون قوله كقول الصاحبين فيحكم بالتفريق بينهما عند المرافعة أو الاسلام ، وقد أشار ابن عابدين الى هذا فقال : « ... ان نفي أبي حنيفة العدة هنا إنما هو فيما اذا كانوا يعتقدون عدمها ، ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد ــ أي تجديد النكاح ــ بعد الاسلام » [٣] . وحيث ان غير المسلمين في العربية المتحدة من يهود ومسيحيين يعتقدون وجوب العدة كما سنذكر فيما بعد ، فينبغي أن يكون قول أبي حنيفة كقول الصاحبين .

ب ــ واذا كان الفساد لحرمة المحل كنكاح المحارم ، فلا خلاف بين أبي حنيفة وأصحابه في لزوم التفريق بين الزوجين . وهذا ظاهر على قول أصحابه ، لأنهم يرون فساد هذه الأنكحة للاجماع على فسادها ،

(١) المبسوط جـ ٥ ص ٣٨ ــ ٤٠ ، الهداية والعناية وشرح القدير جـ ٢ ص ٥٠٢ ــ ٥٠٣ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٢ ص ١٧١ ــ ١٧٢ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٣٣ ، الهداية وشرح العناية وفتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٣ ، مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٣٧٠ ، شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ١٦٣ .

(٣) رد المحتار لابن عابدين ، مطبعة بولاق ، الطبعة الاولى سنة ١٣١٥ هـ جـ ٢ ص ٥٠٢ .

وبالمرافعة أو الاسلام يجب التعرض لها . واما على رأي أبي حنيفة ، فهذه الأنكحة وان كان لها حكم الصحة فيما بينهم ، إلا أن حرمة المحل تنافي بقاء النكاح كما تنافي ابتداءه فيلزم التفريق لهذا السبب [١] .

جـ ــ ولو كان غير المسلم تزوج خمس نسوة [٢] فأكثر بعقد واحد ، أو أختين [٣] بعقد واحد ، ثم اسلموا ، فالتفريق واجب . ولو كان ذلك بعقود متفرقة لصح في الأخت الأولى وفي الأربع الأوائل ، وهذا على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يختار من الخمس أربعاً ومن الأختين واحدة سواء عقد عليهن بعقد واحد أو بعقود متفرقة [٤] . والحكم نفسه اذا ترافعوا إلينا قبل الاسلام [٥] .

د ــ واذا كان تحته إمرأة وأمها [٦] ، فإن كان تزوجهما بعقد واحد فالنكاح باطل ، وان كان بعقدين فنكاح الأولى جائز والثانية باطل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد نكاح البنت هو الجائز دون الأم سواء تزوجهما بعقد واحد أو بعقدين ، لأن مجرد العقد على الأم لا يحرم البنت . وهذا كله اذا لم يكن قد دخل بواحدة منهما ، فإن دخل بإحداهما ثم تزوج الثانية فنكاحها باطل لأن الدخول محرم سواء أكان بالأم أو بالبنت ، وان دخل بالثانية فقط فإن كانت الأم بطل نكاحهما

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٣١ ــ ٥٣٢ ، الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٤ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٣٧٠ ، شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ١٦٣ ، حاشية الشلبي جـ ٢ ص ١٧٢ .

(٢) الصابئة في العراق يدينون بتعدد الزوجات باكثر من أربع : الصابئون في حاضرهم وماضيهم للاستاذ عبدالرزاق الحسني ص ١٠٤ .
والمجوس فى ايران الآن يعتقدون اباحة التعدد الى غير حد : من رسالة خطية للشيخ محمد الخالصي موجهة اليّ بتاريخ ١٧ ذي القعدة ١٣٨٠ هـ .

(٣) لم اقف على طائفة تبيح ، فى الوقت الحاضر ، الجمع بين الأختين .

(٤) الكاساني ج ٢ ص ٢١٤ .

(٥) الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٣٢ .

(٦) نكاح الأم والبنت وسائر المحارم جائز عند المجوس حتى فى الوقت الحاضر ، في أيران والهند : من رسالة الشيخ محمد الخالصي الخطية السالفة الذكر .

جميعاً اتفاقاً لأن نكاح البنت يحرم الأم ، والدخول بالأم يحرم البنت ، وان كانت البنت فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد نكاح البنت هو الجائز ونكاح الأم هو الباطل [١] .

٣١٤ — القول الراجح :

هذه أقوال الفقهاء وهي — بصورة عامة — متقاربة فيما بينها . والراجح منها قول الحنابلة ومن وافقهم ، أما أقوال الآخرين المخالفة لبعض ما قالوه فهي أقوال مرجوحة ، من ذلك ما قاله الإمام زفر في النكاح بلا شهود ، وقول أبي حنيفة في بطلان نكاح الخمس والاختين اذا كان النكاح بعقد واحد ، لما ذكرنا من اسلام فيروز على أختين واسلام ابن غيلان على عشر زوجات ولم يسألهما النبي صلى الله عليه وسلم عن كيفية نكاحهما وهل جرى بعقد واحد أو عقود متفرقة .

ما عليه العمل الآن :

٣١٥ — في العربية المتحدة ، تخضع أنكحة الذميين ، من يهود ومسيحيين ، لشرائعهم الدينية ، وقد تخضع لشريعة الاسلام اذا اختلفوا في الطائفة أو الملة فيطبق المذهب الحنفي كما سنذكره فيما بعد .

وأحكام ديانة المسيحيين المعمول بها فيما بينهم ، تعتبر الشهود وخلو المرأة من العدة وعدم حرمة المحل كنكاح المحارم ، من شروط صحة النكاح وانعقاده . واشتراط الشهود مأخوذ به في جميع المذاهب المسيحية لأن العلانية في النكاح من أركان انعقاده ، وأول صور العلانية ما ذهبوا اليه جميعاً من ضرورة عقد النكاح بحضرة كاهن وشهود [٢] .

والعدة مانع من صحة النكاح فقد نصت المادة « ٢٥ » من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس [٣] على أن : « ليس للمرأة التي

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣١٥ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٤٥ — ٥٤٦ .

(٢) حلمي بطرس ص ٢٥٠ ، نمر وحبشي ص ٢٤٣ — ٢٤٤ .

(٣) وهذه الأحكام أقرها المجمع المقدس والمجلس الملي العام للأقباط الأرثوذكس : المجموعة الشاملة فى قوانين الأحوال الشخصية وضع محمد حلمي عبدالعاطي الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ ص ١٣٧ .

مات زوجها أو فسخ زواجها ان تعقد زواجاً ثانياً إلا بعد انقضاء مدة عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ وينقضي هذا الميعاد اذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ النكاح » . وقد نصت أيضاً لائحة الزواج والطلاق للأرمن الأرثوذكس على وجوب العدة واعتبارها من موانع انعقاد الزواج [1] . على ان اغفال الكنائس الأخرى لمانع العدة وعدم النص عليه لا يحول دون الأخذ به كمانع من موانع انعقاد الزواج باعتبار ان العدة متعلقة بالنظام العام [2] .

ونكاح المحارم من النسب باطل فقد نصت المادة « ٢٠ » من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس : « تمنع القرابة من الزواج : بالأصول وان علوا والفروع وان سفلوا . بالأخوة والأخوات ونسلهم . بالأعمام والعمات والأخوال والخالات دون نسلهم » . وباقي المذاهب المسيحية تتفق في تحريم النكاح بالأصول والفروع ، أما في قرابة الحواشي ، فالأقباط الأرثوذكس يحرمون الزواج بالأخوة والأخوات ونسلهم كما قلنا ، وفي قرابة فروع الجدين يحرمون النكاح حتى الدرجة الثالثة . أما بقية الكنائس فلا تفرق بين الحواشي وبين فروع الجدين وإنما تجعل التحريم حتى الدرجة الخامسة أو السادسة [3] .

واما المحرمية بسبب الرضاع فقد كان مأخوذ بها في الكنائس الأرثوذكسية المصرية والأرمنية السورية ، وقد اتخذت في هذا الشأن قاعدة الشريعة الاسلامية ، إلا ان قواعد الأحوال الشخصية الحديثة لهذه الكنائس لم تشر الى الرضاع كمانع من موانع الزواج ، مما يفهم منه عدول هذه الكنائس عن هذا المانع [4] .

وتعدد الزوجات ممنوع عند جميع المذاهب المسيحية فلا ينعقد

---

(١) نمر وحبشي ص ٢٢٨ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٢٨ .
(٣) حلمي بطرس ص ٢٢٩ — ٢٣٢ .
(٤) حلمي بطرس ص ٢٣٥ — ٢٣٦ .

نكاح الزوجة الثانية مع قيام الزوجية الأولى [١] .

٣١٦ — وعنـد الاسرائيليين ، يشترط لانعقاد الزواج حضور الشهود [٢] .

والعدة عندهم مانع من الزواج ، ففي المادة ٣٧٦ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين تأليف حاي بن شمعون : « ولا يجوز العقد على المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها الشرعية تسعين يوماً لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ولا يوم العقد » . وفي المادة ٥٠ منه « الحامل لا يجوز العقد عليها قبل الوضع » .

والقرابة المحرمية مانعة من انعقاد الزواج ، كالتزوج بالأم والبنت وبنت البنت والأخ والعمة والخالة ... الخ [٣] .

وتعدد الزوجات جائز عند اليهود ففي كتاب ابن شمعون بعد أن نصت المادة ١٥٤ على انه « لا ينبغي للرجل أن يكون له أكثر من زوجة وعليـه أن يحلف يميناً على هـذا حين العقـد وان كان لا حجر ولا حصر في متن التوراة » نصت المادة ١٥٥ على انه « اذا كان الرجل في سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي جاز له أن يتزوج » [٤] .

٣١٧ — وفي العراق تخضع أنكحة اليهود والمسيحيين لشرائعهم الدينية ، والمسيحيون في العراق ثلاث طوائف : الكاثوليك والأرمن

---

(١) اهـاب حسن ص ١٥٥ ، نمر وحبشي ص ٢١٥ ، حلمي بطرس ص ٢٠٩ .

(٢) المادة ٥٦ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين الربانيين تأليف حاي بن شمعون . ويلاحظ ان القرائيين لا وجود لهم فى العربية المتحدة : الدكتور أحمد سلامة — الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين — ص ٨٥ . والربانيون يأخذون بالتوراة وبالتلمود وهو عبارة عن فقه شريعتهم وتفسير كتاب التوراة الفه أحبارهم قبل الميلاد بخمسة قرون . والقراءون وهم طائفة من اليهود لا يلتزمون الا بالتوراة : حلمي بطرس ص ٧٤ — ٧٥ .

(٣) المادة ٣٩ من كتاب ابن شمعون .

(٤) وذكر بعض الكتاب المحدثين ان الاسرائيليين حددوا التعدد بأربع زوجات : نمر وحبشي ص ١٤٢ .

الأرثوذكس والسريان الأرثوذكس .

وعند اليهود جملة قواعد في الأحوال الشخصية [١] ، وقد جاء في هذه الأحكام ان عقد الزواج يجب ان يتم بحضور شاهدين وإلا كان للمحكمة ان تقضي ببطلانه [٢] . ولا يجوز للمعتدة من طلاق أو وفاة ان تتزوج قبل انقضاء تسعين يوماً ابتداء من اليوم التالي ليوم طلاقها أو وفاة زوجها [٣] . ولا يصح عقد النكاح مع وجود قرابة تحريم بين الرجل والمرأة أو وجود مانع شرعي بينهما . ومن تزوج مع وجود قرابة تحريم أو مانع شرعي أجبر على الطلاق [٤] . ويجوز تعدد الزوجات فقد نصت المادة ٨٨ من هذه الأحكام والقواعد على انه « في الأماكن التي يجوز فيها تعدد الزوجات يجوز للرجل ان يتزوج أكثر من واحدة اذا كان في مقدوره ايفاء واجباته الزوجية » .

وللسريان الأرثوذكس قواعد وأحكام في الأحوال الشخصية [٥] . وقد جاء في المادة «١٦» من هذه الأحكام : «يشترط لصحة العقد — أي عقد الزواج —: ... ٤ — أن تكون المرأة أكملت العدة وهي عشرة أشهر، وإن كانت حاملاً فعدتها وضع حملها ... ٦ — ان لا يكون الزوجان من ذوي القرابات التالية : «أ» الاباء وزوجاتهم والأمهات وأزواجهن وان

(١) وهي المسماة « الاحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية » وقد أعدتها الطائفة المذكورة وأمرت وزارة العدل العراقية بنشرها والعمل بموجبها بالنسبة لأفراد الطائفة الموسوية استناداً الى المادة ١٩ من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ . ونشرت فى الجريدة الرسمية العراقية المرقمة ٢٦٩٨ والمؤرخة فى ١٩٤٩/١/٣١ .

(٢) المادة الثانية من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية .

(٣) المادة ٣٧ من الأحكام السالفة الذكر .

(٤) المادة ٣٨ من الأحكام السابقة .

(٥) وتسمى هذه الأحكام « الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الأرثوذكس » وقد أعدتها الطائفة المذكورة ، وأمرت وزارة العدل العراقية بنشرها والعمل بموجبها استناداً الى المادة (١٩) من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ . ونشرت فى الجريدة الرسمية العراقية المرقمة ٢٨٥٥ والمؤرخة فى ١٩٥٠/٧/٦ .

علوا . «ب» الأبناء وزوجاتهم وان سفلوا والبنات وأزواجهن وان سفلوا. «جـ» أفراد الدرجة الثالثة مطلقاً وهم الأخوة وزوجاتهم والأخوات وأزواجهن ، ويضاف اليهم أولاد الأخوة وأولاد الأخوات وان سفلوا . «د» أصحاب الدرجة الرابعة مطلقاً . «و» الأخوة بالرضاعة ولا تعتبر إلا اذا توالت الرضاعة سنتين متواليتين » .

والصابئون ، وهم طائفة في العراق ، يبيحون الزواج بأكثر من أربع زوجات ، ويحرمون الزواج بالمحارم ، وهن المحرمات في الشريعة الاسلامية ، ويشترطون لصحة النكاح ان لا تكون المرأة معتدة ولم تنقض عدتها ، والعـدة عندهم ثلاثة أشهر ، ويشترطون العلانية في الزواج ووجوب حضور رجـل ديني من طائفتهم وجمع من أهـل الزوجين [1] .

٣١٨ — ومن هذا كله يتبين لنا ان معظم شروط انعقاد النكاح عند غير المسلمين ، من يهود ومسيحيين وصابئيين تتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية ، ولهذا فإن ما قرره الفقهاء المسلمون من وجوب التفريق بين الزوجين غير المسلمين عند الترافع أو الاسلام بسبب حرمة المحل ، كما لو كانت الزوجة من محارم الزوج ، يتفق والمعمول به في الوقت الحاضر عند غير المسلمين من يهود ومسيحيين .

المبحث الثاني

المهر بالنسبة للذميين والمستامنين

تمهيـــد :

٣١٩ — المهر هو المال الذي يجب على الزوج في عقد النكاح في مقابل منافع البضع أما بالتسمية أو بالعقد [2] . وهو واجب لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فقيد الاحلال به [3] .

---

(١) الصابئون فى حاضرهم وماضيهم ص ١٠٤ وما بعدها .
(٢) شرح العناية جـ ٢ ص ٤٣٤ .
(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٣٤ .

والمهر وان كان واجباً على الزوج فإنه شرع على أنه منحة لازمة مقررة ، قال تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أي عطاء وذلك لاظهار شرف العقد ولتكريم المرأة [١] .

والواجب في النكاح هو المهر المسمى ، فإذا لم يسم المهر في عقد النكاح أو سمي وكانت التسمية فاسدة سواء كان فساد التسمية آتياً من جهة كون المسمى ليس بمال أصلاً كالدم المسفوح أو من جهة كونه ليس بمال متقوم في حق المسلمين كالخمر والخنزير ، أو من جهة جهالة نوعه كما لو تزوجها على ثوب ، ففي هذه الأحوال يجب مهر المثل ان طلقها بعد الدخول أو مات أحدهما ، أما لو طلقها قبل الدخول فلها المتعة [٢] . وانما وجب مهر المثل عند عدم تسمية المهر أو عند فساد التسمية ، لأن الواجب الأصلي في النكاح هو مهر المثل وإنما قام مقامه المهر المسمى بالتراضي ، فإذا لم يسم أو سمي وكان فاسداً ، كان مهر المثل هو الواجب لعدم وجود ما يقوم مقامه بتراضيهما [٣] .

منهج البحث : الذميون والمستأمنون ، اما أن يسموا المهر في عقود أنكحتهم ، واما أن لا يسموه ، ولذلك سنتكلم عن هاتين الحالتين في مطلبين متتاليين ، ثم نتكلم عن المعمول به في الوقت الحاضر في مطلب على حدة .

المطلب الأول

المهر المسمى

تمهيـــد :

٣٢٠ — اذا عقد الذمي أو المستأمن النكاح على مهر مسمى فلا يخلو

---

(١) الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٨٤ .

(٢) الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٤٠ ، ٤٦٤ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٤٦٠ .

(٣) رد المحتار جـ ٢ ص ٤٥٢ .

الحال : اما أن يكون المسمى صحيحاً عند المسلمين واما أن يكون فاسداً ، وفساده قد يكون لأنه مال غير متقوم عند المسلمين كالخمر والخنزير ، أو لكونه ليس بمال أصلاً كالميتة أو لجهالته جهالة فاحشة ونحو ذلك ولكل حالة حكم يخصها كما يلي :

اولا — اذا كان المسمى صحيحاً

٣٢١ — اذا كان المسمى مما يصلح أن يكون مهراً عند المسلمين كأن يتزوجها على مائة درهم ، ففي هذه الحالة التسمية صحيحة والمهر لازم ، وبهذا قال الحنابلة والشافعية ، وهو مذهب الحنفية أيضاً فقد قالوا : « ما صلح مهراً في نكاح المسلمين فإنه يصلح مهراً في نكاح أهل الذمة لا شك فيه ، لأنه لما جاز نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه أجوز » [1] ، ويلاحظ ان ذكر أهل الذمة فقط فيما نقلناه عن بعض أئمة الحنفية لا يعني ان ما قالوه لا يشمل المستأمن ، لأن المستأمن كالذمي في المعاملات ، بل وصرح الامام ابن عابدين بأن المستأمن في المهر كالذمي [2] . ويبدو أنه لا خلاف في هذا بين الفقهاء لأن المهر صحيح في حق المسلمين فيكون كذلك في حق غيرهم .

ثانياً — اذا كان المسمى فاسداً لكونه غير متقوم فى حق المسلمين

٣٢٢ — الخمر والخنزير غير متقومين في حق المسلمين ، فلا يصلحان أن يكونا مهراً في أنكحتهم ، لأن الشرط في المهر ان يكون مالاً متقوماً [3] . فاذا جرى النكاح على خمر أو خنزير فسدت التسمية ووجب مهر المثل [4] . أما بالنسبة لغير المسلمين ففيه تفصيل ، لأنهم اذا

---

(١) شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٢ ، ٩٤ — ٩٥ وكشاف القناع في باب النكاح الكفار جـ ٣ ص ٦٩ ، الأم جـ ٥ ص ٤٢ ، الكاساني ج ٢ ص ٣١٣ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٠٦ .

(٣) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للابياني ج ١ ص ١٠٥ — ١٠٦ وأيضاً فان الخمر والخنزير محرمان فلا يصلحان مهراً في حق المسلمين : المغني جـ ٦ ص ٦٨٧ .

(٤) شرح الكنز للعيني ج ١ ص ١٥٦ .

عقدوا النكاح على خمر أو خنزير : فاما أن تقبضهما المرأة قبل أن يترافعا إلينا أو قبل ان يسلما أو أحدهما ، واما أن المرأة لم تقبضهما قبل المرافعة أو قبل الاسلام ، ولنتكلم عن هاتين الحالتين :ـ

الحالة الأولى :

اذا كان المهر خمراً أو خنزيراً وقبضتهما المرأة ثم أسـلما أو احداهما ، فليس للمرأة إلا ما قبضته ، وبرئت ذمة الزوج منه كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية والشيعة والامامية والخوارج الاباضية والزيدية ، ويعلل الحنفية ذلك بأن القبض وقع قبل الاسلام ، والاسلام اذا ورد والحرام مقبوض فإنه يلاقيه بالعفو لأن الملك قد ثبت على سبيل الكمال بالعقد ، والقبض تم في حال الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك وانما يوجد دوام الملك ، والاسلام لا ينافيه كمسلم تخمر عصيره لا يؤمر بابطال ملكه فيه ، ويؤيد هذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لما دخل مكة ، أبطل الربا غير المقبوض ولم يتعرض لما قبض بالفسخ ، وقال تعالى « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين » أمر سبحانه وتعالى بترك ما بقى من الربا ، والأمر بترك ما بقى من الربا هو النهي عن قبضه .

وهذا الحكم الذي ذكرناه في حالة اسلامهما ، يكون نفسه اذا ترافعا إلينا قبل اسلامهما ، وكانت المرأة قد قبضت الخمر أو الخنزير ، وبهذا صرح الحنابلة والشافعية . ويبدو أنه قول الآخرين أيضاً ، لأنه اذا صح قبض الخمر والخنزير من قبل المرأة قبل الاسلام على وجه لا يطالب الزوج بشيء بعد الاسلام ، فأولى أن يكون الحكم كذلك اذا ترافعا إلينا قبل اسلامهما [1] .

---

(١) الأم جـ ٥ ص ٥٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٩ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١١٢ شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٩ ، المحرر جـ ٢ ص ٢٧ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٤٠٦ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣١٣ ـ ٣١٤ ، شرح النيل جـ ٣ ص ١٩١ . شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٦٧ .

ومذهب المالكية ، اذا قبضت المرأة الخمر والخنزير قبل أن يسلما فليس لها إلا ما قبضته وهما على نكاحهما ان كان ذلك بعد الدخول ، وان كان قبل الدخول وكانت قد قبضت الصداق المحرم فلها مهر المثل أيضاً ان أراد الزوج إبقاء النكاح بينهما ، فإن أبى وقعت الفرقة بينهما (١) . أما اذا ترافعا بشأن المهر قبل الاسلام ، فيبدو ، أن ليس للمرأة إلا ما قبضته .

الحالة الثانية :

اذا كان المهر « من خمر أو خنزير » غير مقبوض قبل الاسلام أو قبل المرافعة :—

عند الشافعية والزيدية والحنابلة ، ليس للمرأة المهر المسمى وإنما لها مهر المثل لأنه لا يمكن اجبار الزوج على تسليم الخمر والخنزير لانهما محرمان . وان كانت الزوجة قبضت بعض المهر برئت ذمة الزوج بمقدار ما قبضت ووجب عليه من مهر المثل بنسبة ما بقي من المهر ، فلو كان المهر عشرة أزقاق خمر فقبضت منها الزوجة نصفها ، وجب على الزوج نصف مهر المثل (٢) .

وعند المالكية لها مر المثل اذا أسلما ولم تقبض المرأة المهر ، إلا

---

(١) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٤٧ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٩ — ٢٣٠ المواق جـ ٢ ص ٤٧٩ .

(٢) شرح منتهي الارادات في باب نكاح الكفار جـ ٣ ص ٩٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٩ ، المحرر جـ ٢ ص ٢٧ — ٢٨ ، الأم للشافعي جـ ٥ ص ٥٠ ، ١٩١ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٩ : فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما الينا قبل الاسلام ، نظرنا : فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه لا يمكن اجباره على تسليم المحرم ... وان قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقي من مهر المثل ... الخ . فتح العزيز جـ ١ ص ١١٢ . ويلاحظ هنا أن مهر المثل انما يجب اذا اسلما أو أحدهما بعد الدخول ، اما اذا وقعت الفرقة قبل الدخول باسلام الزوج فلها نصف مهر المثل ، ولا شيء لها ان كانت الفرقة قبل الدخول بسبب اسلامها : متن المنهاج ومغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٤ — ١٩٥ . شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٦٧ .

أنه اذا كان الاسلام بعد الدخول فلها مهر المثل والنكاح على حاله ، وان كان قبل الدخول فلها مهر المثل أيضاً ان أراد الزوج ابقاء النكاح فإن لم يعطها مهر المثل فرق بينهما [١] .

أما في حالة المرافعة قبل الاسلام ، فيبدو ان للمرأة مهر المثل أيضاً عند المالكية قياساً على ما قالوه في حالة اسلام الزوجين .

ومذهب الشيعة الامامية اذا أسلم الزوجان أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة ، وهو قول الخوارج الاباضية أيضاً [٢] .

ومذهب الحنفية ، اذا كان النكاح على خمر أو خنزير معينين ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض ، فعند أبي حنيفة ليس للمرأة إلا الخمر والخنزير المعينين ، وان كانا غير معينين بأن كانا في الذمة فللمرأة في الخمر القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل . وقال أبو يوسف لها مهر المثل سواء كان الخمر والخنزير معينين أو غير معينين . وقال محمد لها القيمة في الحالتين [٣] .

أما اذا تحاكما الينا في حال كفرهما ، والخمر والخنزير غير مقبوضين ، فالظاهر من مذهب الحنفية وجوب الحكم للزوجة بالمهر المسمى من خمر وخنزير ان كان بعد الدخول ، ونصفه ان طلقها قبل الدخول ، وذلك لأنهم قالوا ان الخمر والخنزير مالان متقومان في حقهم

---

(١) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٤٧ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٩ — ٢٣٠ المواق جـ ٢ ص ٤٧٩ .

(٢) المختصر النافع ص ٢١٢ ، شرح النيل ج ٣ ص ١٩٢ ، ويبدو ان الحكم فى حالة المرافعة قبل الاسلام كالحكم فى حالة الاسلام ، اي يحكم للزوجة بالقيمة ، قياساً على ما قالوه فى حالة اسلام الزوجين .

(٣) الهداية جـ ٢ ص ٤٨٤ ويراجع في بيان ما احتج به أبو حنيفة وصاحباه : الكاساني جـ ٢ ص ٣١٣ — ٣١٤ ، الزيلعي جـ ٢ ص ١٦٠ ، الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٨٤ — ٤٨٥ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٠٧ .

بمنزلة الخل والشاة في حق المسلمين ، وانه يجوز أن يكون مهراً لهم [١] فمقتضى هذا القول ان المرأة تستحق المهر المسمى بعد المرافعة في حال كفرهما ، اذ لا معنى لاعتبارهما متقومين في حقهم وأنه يصح أن يكونا مهراً في أنكحتهم ، اذا لم يحكم بهما قضاء .

ثالثاً — اذا كان المسمى فاسداً لكونه ليس بمال ، كالميتة

٣٢٣ — اذا كان فساد المهر المسمى متأتياً من كونه ليس بمال أصلاً ، كما لو جرى النكاح على ميتة حتف أنفها وكان ذلك في دينهم جائزاً ولم يدينوا بمهر المثل في هذه الحالة ، ودخل بها الزوج أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها ، فليس للمرأة شيء ولو أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا قبل الاسلام ، وهذا قول أبي حنيفة . أما على قول أبي يوسف ومحمد وزفر ، فلها مهر المثل ان دخل بها أو مات أحدهما ، والمتعة ان طلقها قبل الدخول [٢] . وسأذكر أدلة الطرفين عند الكلام على حالة عدم تسمية المهر في المطلب الثاني ان شاء الله تعالى ، لأن الحنفية قالوا ان ذكر الميتة كالسكوت عن المهر ، لأن الميتة ليست بمال عندهم ولا عند أحد فكان ذكرها لغواً ، وكذا ذكر كل ما ليس بمال كالدم [٣] .

وعند الحنابلة والشافعية ، اذا كان المهر ميتة فهو مهر فاسد ، وحكمه حكم المهر اذا كان خمراً أو خنزيراً ، لأن الكل من المهور المحرمة الفاسدة ، وعلى هذا اذا قبضت الميتة حال الكفر فليس لها إلا ما قبضته ، وان لم تقبض الميتة ثم ترافعا أو أسلما أو احدهما فلها مهر المثل [٤] .

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣١٣ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٣٢٧ ، المبسوط جـ ٥ ص ٤١ : واذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير بعينه او بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمي ، لأن شرط صحة التسمية كون المسمى مالاً متقوماً ، والخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا .

(٢) الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٨٣ ، الدر المختار جـ ٢ ص ٥٠٦ .

(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٨٤ .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٥٩ ، الأم جـ ٥ ص ٥٠ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٥ ، المغني جـ ٦ ص ٦٣٥ .

رابعاً — اذا كان المهر فاسداً لجهالته

٣٢٤ — اذا كان المهر فاسداً لجهالته ، ثم ترافعا إلينا بشأنه فالظاهر ان الواجب في هذه الحالة هو مهر المثل كما هو الحال بالنسبة للمسلمين، فالحنابلة مثلا قالوا في نكاح الكفار : ان حكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب به من وقوع الطلاق ووجوب المهر وغير ذلك [1] . وبمثل قول الحنابلة قال الحنفية [2] . والشافعية يوجبون مهر المثل في نكاح الكفار اذا كان المهر فاسداً لكونه محرماً كالخمر والخنزير ، فمقتضى هذا القول وجوب مهر المثل اذا كان المسمى فاسداً لجهالته ، بجامع عدم امكان تسليم المهر في الحالتين ، وأيضاً فقد قال الشافعية ، اذا جرى نكاح الكافر على ان لا مهر لزوجته ، فالحكم في هذه الحالة كالحكم على المسلمين أي يجب مهر المثل كما سنذكره في المطلب الثاني ، وعليه فيلزم أن يكون الواجب مهر المثل اذا كان المسمى فاسداً لجهالته، لأن فساد المهر لجهالته لا يكون أشد من اشتراط عدمه .

المطلب الثاني

المهر غير المسمى

٣٢٥ — وعدم تسمية المهر ، اما أن تكون بنفيه أو بالسكوت عنه ، ومثل السكوت النكاح على ميتة حتف أنفها ، لأنها ليست بمال عندهم ولا عند أحد كما قال الحنفية ، فكان ذكرها لغوا وكذا ذكر كل ما ليس بمال أصلاً كالدم ، فإذا جرى النكاح بينهم على نفي المهر أو السكوت عنه

---

(١) شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٢ ، المغني جـ ٦ ص ٦٣٧ .

(٢) الدر المختار جـ ٢ ص ٥٠٦ : نكح ذمي أو مستأمن ذمية .... وتثبت بقية أحكام النكاح فى حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة فى النكاح ووقوع الطلاق ونحوهما ...

وكان هذا جائزاً في دينهم ولا يدينون بمهر المثل في هذه الحالة ، فليس للمرأة شيء ولو أسلما أو أسلم أحدهما أو ترافعا الينا قبل الاسلام ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، طلقها أو مات عنها ، وهذا عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد وزفر لها مهر المثل ان دخل بها أو مات أحدهما ، ولها المتعة ان طلقها قبل الدخول . وحجة أبي حنيفة هي ان أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات ولا فيما يعتقدون خلافه في المعاملات كبيع الخمر والخنزير ، والنكاح بلا مهر جائز في دياتتهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثناء عليه من عقودهم كالربا ، والنكاح بلا مهر لم يقع عليه الاستثناء فيكون جائزاً في حقهم في حكم الاسلام ، واذا منعنا من التعرض لهم فيما يدينون به قبل أن يسلموا إلا ما استثني ، فبعد الاسلام أو المرافعة حال بقاء النكاح ، والمهر ليس شرطاً لبقائه ، ولا يجب للمرأة شيء لأنه لم يجب بالعقد شيء وقت صدوره حتى يطالب به بعد المرافعة أو الاسلام ، ولا يمكن وجوبه بعد المرافعة أو الاسلام بلا موجب .

وحجة الصاحبين وزفر هي أن الذميين التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات كما التزموا الامتناع عن الزنى والربا ، وولاية الالزام متحققة لأنهم في دار الاسلام ، ولهذا ننهاهم عن الربا ونعاقبهم على الزنى ، فيجب اذن مهر المثل في حقهم كما يجب في حق المسلمين ، لأن من أحكامنا عدم جواز النكاح من غير مال [1] .

وعند الزيدية والحنابلة ، اذا لم يسم الكافر لزوجته مهراً ، أو نكحها على ان لا مهر لها ، فلها مهر المثل ، لأنه نكاح خلا عن تسمية

---

(١) الهداية وشرح العناية وفتح القدير ج ٢ ص ٤٨٣ — ٤٨٤ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٥٠٦ ، المرحوم الشيخ محمد بخيت ارشاد الامة الى احكام الحكم بين أهل الذمة ص ٢٢ .

فوجب فيه مهر المثل كالمسلمة [١] .

وعند الشافعية اذا جرى النكاح على أن لا مهر لها ، فالحكم في هذه الحالة كالحكم على المسلمين [٢] ، وحكم المسلمين عندهم ، هو أن لها مهر المثل على أحد القولين في مذهبهم ، وعلى القول الآخر لا يجب لها المهر بالعقد وإنما يفرض لها ما يتفقان عليه ، فإن لم يفرض لها لعدم اتفاقهما وطلقها بعد الدخول فلها مهر المثل ، وان طلقها قبل الدخول وقبل الفرض فليس لها من مهر المثل شيء [٣] .

المطلب الثالث

ما عليه العمل فى الوقت الحاضر

٣٢٦ — في الجمهورية العربية المتحدة ، لا يعتبر المهر عند المسيحيين ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه [٤] . فقد جاء في المادة «٦٩» من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرذوكس : « ليس المهر من أركان

---

(١) شرح منتهى الارادات فى باب نكاح الكفار جـ ٣ ص ٩٥ — ٩٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٩ ، المغني جـ ٦ ص ٦٣٦ ، المحرر جـ ٢ ص ٢٧ . شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٢) شرح البجيرمي جـ ٣ ص ٤١٤ « لو نكح ذمي ذمية على ان لا مهر لها وترافعا الينا فنحكم بينهما بحكم المسلمين » . ويلاحظ ان ذكر الذمي في هذا القول الذي نقلناه عن شرح البجيرمي ، لا يعني أن المستأمن يختلف عن الذمي في الحكم ، اذ الواقع أن المستأمن كالذمي ، فقد جاء في كتاب الأم للشافعي جـ ٥ ص ١٩٠ — ١٩١ : « واذا اختلعت المرأة الذمية من زوجها ... وهكذا اهل الحرب ان رضوا بحكمنا ، لا يخالفون الذميين فى شيء ، الا انا لا نحكم على الحربيين حتى يجتمعا على الرضا ، ونحكم على الذميين اذا جاء احدهما ... فهما في جميع الأحكام كالمسلمين لا يختلف الحكم عليهم وعلى المسلمين الا فيما وصفت مما مضى في الشرك ولا يرد في الاسلام » .

(٣) المهذب جـ ٢ ص ٦٤ .

(٤) نمر وحبشي ص ٢٤٨ .

الزواج ، فكما يجوز أن يكون بمهر يجوز أن يكون بغير مهر » .
والظاهر ان الزواج اذا انعقد بلا مهر فإن الزوجة لا تستحق مهر المثل .

وعند اليهود « على الزوج أن يلتزم في عقد الزواج بالمهر لزوجته ولو لم يأخذ منها شيئاً » (١) . ويبدو ان عقد الزواج يصح عند اليهود ولو بدون ذكر المهر ، وإنما يجب في هذه الحالة للزوجة المهر الشرعي ، فقد نصت المادة « ٩٩ » من كتاب ابن شمعون على ان « المهر الشرعي للبكر مائتا مجبوب أو سبعة وثلاثون درهماً فضة نقية ، ولغير البكر النصف ، غنية كانت الزوجة أو فقيرة » . فهذا المهر ، كما يبدو ، هو الحد الأدنى الذي تستحقه الزوجة اذا لم ينص في عقد الزواج على مقدار أكثر منه .

وأحكام المهر عند اليهود والمسيحيين تسري على مهورهم اذا اتفقوا في الطائفة والملة ، كما سنبينه فيما بعد . أما إذا اختلفوا في الطائفة أو الملة فإن الشريعة الاسلامية ، حسب المذهب الحنفي ، هي التي تطبق ، وأحكام هذا المذهب مرت في المطلبين السابقين .

وفي العراق ، يعتبر المهر من جملة المسائل التي تخضع للأحكام الدينية للمسيحيين واليهود ، كما سنذكره فيما بعد . ومن هذه الأحكام المقننة عند السريان الأرذوكس : « ليس الصداق بشرط لعقد الوزاج ، وقلته مستحسنة » (٢) ، وعند اليهود : « وفقاً للعادة المتبعة في القطر العراقي يضاف الى الصداق عند تحرير عقد النكاح زيادة بنسبة الثلث » (٣) .

ويجري الصابئون في العراق على ذكر المهر في عقد النكاح ، ويقول شيوخهم إن المهر ليس من أحكام دياناتهم وإنما أخذوه من المسلمين بحكم المجاورة لهم والعيش معهم (٤) .

(١) المادة « ٩٨ » من كتاب ابن شمعون .
(٢) المادة « ٢٧ » من الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الارثوذكس .
(٣) المادة « ١٥ » من الاحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية فى العراق .
(٤) الصابئون فى حاضرهم وماضيهم ص ١٠٧ — ١٠٨ .

الفصل الثاني

فرق النكاح

٣٢٧ ـ الفرق جمع مفرده فرقة • وهو اسم من الافتراق ضد الاجتماع • وفرق النكاح ما تنحل به عقدته فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية [١] •

وتتكلم في أبحاث متتالية عن فرق النكاح بالطلاق أو بغيره •

المبحث الأول

الفرقة بالطلاق

تمهيـــــد :

٣٢٨ ـ الطلاق في الشرع رفع قيد النكاح بألفاظ مخصوصة [٢] •

وهو نوعان : رجعي وبائن • والرجعي يكون في المدخول بها ، ويملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها ما دامت في العدة بلا خلاف • اما الطلاق البائن فنوعان : بائن بينونة صغرى ، وهو الذي يكون بالطلقة الواحدة البائنة أو بالطلقتين البائنتين ، وبائن بينونة كبرى ، وهو الذي يكون بالطلقات الثلاث • وحكم البائن بينونة صغرى أنه ينقص عدد الطلقات ويزيل الملك لا الحل ، فللزوج أن يردها بعقد جديد ومهر جديد ، ويشترط رضا الزوجة بذلك لزوال الملك • واما البائن بينونة

(١) محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الاسلامية لاستاذنا الجليل علي الخفيف ص ١ .

(٢) شرح العناية على الهداية ج ٣ ص ٢٠ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢١ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٥٧٠ .

كبرى فإنه يزيل الملك والحل ، فلا يستطيع الزوج ارجاعها إلا اذا نكحت زوجاً غيره ووقعت الفرقة بينها وبين هذا الزوج ، فعند ذلك يجوز لزوجها الأول نكاحها بعقد جديد ومهر جديد (١) .

٣٢٩ — طلاق الذمي والمستأمن :

عند المالكية والظاهرية لا يقع طلاق غير المسلم . واحتج المالكية بأن الشرط لصحة الطلاق ان يكون المطلق مسلماً (٢) ، لأن أنكحة غير المسلمين فاسدة ، والطلاق إنما يقع في النكاح الصحيح لا الفاسد ، فلا عبرة بطلاقهم (٣) . قال مالك : « وطلاق أهل الشرك ليس بطلاق » (٤) .

واحتج الظاهرية بأن الشرع لم ينص على وقوع طلاق غير المسلم ، فلا يقع (٥) .

وعند الحنابلة والشافعية والحنفية والزيدية والاباضية يقع طلاق غير المسلم . والحجة لهذا القول هي أن الطلاق لا يشترط لوقوعه أن يكون المطلق مسلماً ، لأن الكفر لا ينافي أهلية الطلاق ، ولأن أنكحتهم تعتبر صحيحة فتتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، كأنكحة المسلمين ، ومن هذه الأحكام وقوع الطلاق (٦) .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠ ، الكاساني ج ٣ ص ١٨٣ ، ١٨٧ ، الابياني ج ١ ص ٣٢٠ .

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٧ ، كتاب البهجة شرح التحفة للامام التسولي المالكي جـ ١ ص ٣٣٩ : « فلا يصح ولا يلزم طلاق الكافر » .

(٣) شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٨ .

(٤) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٦٢ .

(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠١ .

(٦) المغني جـ ٦ ص ٦٣٧ — ٦٣٨ ، و جـ ٧ منه ص ٣٣٨ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٧ — ٦٨ ، ١٤٠ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٢ — ٩٤ ، الأم للشافعي جـ ٤ ص ١٣١ ، و جـ ٥ ص ٤٤ ، ٤٩ وما بعدها ، مختصر المزني جـ ٣ ص ٢٩٣ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٧٩ ، الكاساني جـ ٣ ص ١٠٠ ، الدر المختار جـ ٢ ص ٥٠٦ ، ٥٣٣ ، ٥٧٩ ، المبسوط جـ ٥ ص ٤٢ ، فتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٥ ، شرح النيل جـ ٣ ص ٥٥٤ .

والراجح من القولين القول الثاني لما استدل به أصحابه . أما القول الأول فضعيف ، لأن المالكية بنوه على فساد أنكحتهم ، وقد قلنا إنها صحيحة في حقهم . والظاهرية بنوه على عدم ورود نص من الشارع بوقوع طلاق غير المسلم ، ولكن يرد على قولهم هذا بأن نصوص الشريعة الاسلامية في الطلاق جاءت عامة غير مقيدة بالمسلم فلا يصح قصرها عليه .

٣٣٠ — ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة ، كانت المحاكم الشرعية ، قبل الغائها ، تأخذ بوقوع طلاق الذمي كلما عرض عليها الأمر بأن كان الزوج مختلفاً مع زوجته في الطائفة أو الملة ، ولها أحكام كثيرة في ذلك . منها ما جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية : « ان طلاق الذمي يقع ويترتب عليه أثره شرعاً [١] » . وفي حكم آخر لها : « تقضي الشريعة الاسلامية بوقوع الطلاق من الذمي لزوجته بنحو قوله أنت طالق [٢] » . وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائيـــة الشرعية : « طلاق الذمي صحيح طبقاً للنصوص الشرعية » [٣] .

وبعد الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ظل الحال كما كان عليه في السابق ، أي أن طلاق الذمي يقع اذا كان مختلفاً مع زوجته في الطائفة أو الملة ، لأن المادة السادسة من القانون المذكور نصت على وجوب العمل بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية القاضية باتباع الراجح من المذهب الحنفي والأحكام الفقهية المقننة ، بالنسبة لغير المسلمين عند اختلافهم في الطائفة أو الملة مع مراعاة الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتي نصها : « ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية لسنة ٤٠ — ٤١ ص ٥٦ وما بعدها .
(٢) مجلة المحاماة الشرعية لسنة ٤٢ — ٤٣ ص ١٦ وما بعدها .
(٣) مجلة المحاماة الشرعية لسنتها السادسة والعشرين ص ١٢٧ وما بعدها .

إلا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » . والطائفة التي لا تدين بالطلاق هي طائفة الروم الكاثوليك وطائفة اللاتين الكاثوليك كما جاء في منشور وزارة العدل في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ الى المحاكم آنذاك (١) .

وعلى هذا الأساس صدرت أحكام من المحاكم المدنية ، بعد الغاء المحاكم الشرعية ، بوقوع طلاق الذمي المختلف مع زوجته في الطائفة أو الملة ولم يكن أحدهما من طائفة الكاثوليك (٢) .

واذا اتحد الزوجان في الطائفة والملة فإن شريعتهم الدينية هي التي تحكم الطلاق ، وحكم هذه الشريعة يختلف باختلاف الأحوال :

فعند الكاثوليك لا يجوز الطلاق لأي سبب كان ، فقد جاء في المادة ١٠٧ من الارادة الرسولية للكاثوليك بشأن الزواج : « الزواج الصحيح المقرر المكتمل لا يمكن حله بسلطان بشري أياً كان ولأي سبب كان ما خلا الموت » . فالطلاق أو التطليق لا يجوز عند الكاثوليك وإنما الذي عندهم هو التفريق الجثماني مع بقاء الرابطة الزوجية ، عند وجود سببه كزنى أحد الزوجين ، أو تغيير أحدهما ديانته أو مذهبه الكاثوليكي ، أو في حالة سلوك أحد الزوجين سلوكاً مشيناً ، أو تعريض أحد الزوجين نفس الزوج الآخر أو جسده للخطر (٣) .

وغير الكاثوليك ، كالأقباط الأرثوذكس والانجيليين ، البروتستانت ، وإن كانوا لا يقرون بالطلاق بوصفه مشيئة لأحد الزوجين أو كليهما ، الا أنهم يأخذون بمبدأ التطليق بحكم من المحكمة عند وجود الأسباب المبررة له . إلا أن هذه الطوائف تختلف في مدى هذه الأسباب ، فعند البروتستانت لا يجوز التطليق إلا بسبب الزنى ، أو الخروج من المسيحية . والأرثوذكس يضيفون الى السببين السابقين أسباباً أخرى

(١) الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب للدكتور احمد سلامة ص ٣٦٣ ، واهاب حسن ص ١٢٠ .

(٢) الدكتور أحمد سلامة في كتابه الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ص ٣٦٥ — ٣٦٦ ، ٣٧٠ .

(٣) نمر وحبشي ص ٢٩١ ، اهاب حسن ص ٢٤٦ — ٢٤٩ .

تختلف باختلاف الكنائس الأرثوذكسية • ويرجع هذا الاختلاف في الغالب الى العادات المحلية [١] • ومن الأسباب المبررة للتطليق عند الأقباط الأرثوذكس زنى أحد الزوجين ، أو اصابته ببعض الأمراض كالجنون ، أو غيبته خمس سنوات متوالية وصدور حكم بإثبات غيبته، أو الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة سبع سنوات فأكثر ، أو اعتداء أحد الزوجين على حياة الآخر ••• الخ [٢] •

أما عند اليهود ، فالطلاق مباح وهو حق للزوج ، فقد جاء في المادة ٣٢٤ من كتاب ابن شمعون : « الطلاق في يد الرجل » • وفي المادة ٣٢٥ منه : « قبول المرأة الطلاق ليس شرطاً » • وللمرأة ان تطلب الطلاق عند وجود المسوغ الشرعي ، كما لو أصيب الزوج بمرض لا يمكن معه بقاء الحياة الزوجية ، أو في حالة عقم الزوج المحقق ، أو امتناعه عن مباشرتها ، أو زناه ، أو اضراره بها بالضرب بدون مسوغ شرعي ، أو عند تكدر المعيشة بسبب سوء أخلاق الزوج [٣] •

٣٣١ — وفي العراق يخضع الذميون ، اليهود والمسيحيون ، في طلاقهم ، لأحكام شرائعهم الدينية • وعلى أساس هذه الأحكام يجوز عند اليهود وقوع الطلاق ، فقد جاء في الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية « حقوق الزوجة على زوجها بموجب عقد النكاح تعتبر ديناً لها بذمته لا يستحق الأداء إلا عند الطلاق أو الوفاة » [٤] وظاهر هذا النص وأمثاله ان الطلاق يقع بإرادة الزوج ، وهذا ما عليه العمل عند اليهود في العراق • وفي بعض حالات الطلاق تسقط حقوق الزوجة عند الطلاق ، من ذلك ما نصت عليه أحكامهم وقواعدهم الفقهية فقد جاء في المادة ١٧٩ : « على الزوج ان ينذر زوجته بحضور شهود عند مخالفتها للأدب بأنها اذا عادت سقطت حقوقها عند الطلاق » • وللمرأة أن تطلب

(١) حلمي بطرس ص ١٣٢ — ١٣٣ .
(٢) اهاب حسن ص ١٧٣ وما بعدها ، نمر وحبشي ص ٣٢٩ — ٣٣٠ .
(٣) اهاب حسن ص ٢٨٠ — ٢٨١ ، نمر وحبشي ص ٣٦٣ وما بعدها .
(٤) المادة ١٢٨ ، وانظر ايضاً المواد ١٣٩ — ١٤١ .

الحكم لها بالطلاق اذا اعتنق زوجها ديانة أخرى [١] ، أو ثبت زناه [٢] ، أو اعتاد مخاصمتها وطردها من بيته [٣] .

وعند المسيحيين ، لا يقع الطلاق بإرادة الزوج وإنما يجوز التطليق بحكم من المحكمة بناء على بعض الأسباب ، وهذا عند غير الكاثوليك ، فقد جاء في المادة الثلاثين من الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الارذوكس : « لا يتم فسخ عقد الزواج إلا بحكم المحكمة المختصة بناءً على الأسباب الآتية بعد طلب أحد الزوجين : ـ ١ ـ اذا كانت الزوجة قد انتحلت صفة البكارة وظهر بعد الدخول بها أنها ثيب بشهادة طبية مصدقة رسمياً . ٢ ـ اذا زنت متعمدة غير مغصوبة وكانت سنها تزيد على أربع عشرة . ٣ ـ اذا سكرت ولهت مع رجال غرباء بدون علم زوجها ولم تنته رغم ارشاد كاهن الابرشية أكثر من ثلاث مرات . وعندئذ يحكم بالتفريق بين الزوجين سنة كاملة . فإن استمرت على خطتها مدة التفريق ولم تنته حكمت المحكمة بفسخ الزواج . ٤ ـ خروج أحد الزوجين عن الدين المسيحي واشتهار أمره بذلك . وفي هذه الحالة يمهل الخارج مدة معقولة تفرضها المحكمة لغرض رجوعه ، فإذا انقطع الأمل من عودته فلقرينه طلب الفسخ . ٥ ـ للبطريرك أن يصدر بياناً يضيف فيه أسباباً أخرى غير المتقدمة أو أن يلغي منها ما لا يراه مناسباً وفقاً للشرع الكنسي » .

والصابئة في العراق يرون كراهة الطلاق ، ويبيح رؤساؤهم لأفراد

---

(١) نصت المادة ١٢٩ من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية على ان الزوج « اذا اعتنق ديانة أخرى حق لها عليه الطلاق واستيفاء صداقها ، وفي هذه الحالة لها أن تطلب الحكم بصداقها حتى قبل الطلاق .

(٢) نصت المادة ١٦٤ من الأحكام والقواعد الفقهية السابقة على ان الزوجة « اذا ادعت انه اعتاد الزنى وشهد شاهدان بأنهما رأوه مع زانيات أو اعترف هو بذلك حكم عليه بطلاقها » .

(٣) نصت المادة ١٦٥ من الأحكام والقواعد الفقهية السابقة على ان الزوج « اذا اعتاد ان يخاصمها ويطردها من بيته عدّ ناشزاً وحكم عليه بطلاقها » .

طائفتهم إيقاع الطلاق في المحاكم الشرعية الاسلامية ، ويمنعون ايقاعه امامهم [1] .

٣٣٢ ـ ما نقترحه في مسألة طلاق غير المسلم :

عرضنا أقوال الفقهاء في مسألة طلاق غير المسلم وذكرنا قول المالكية والظاهرية بعدم وقوع طلاقه ورجحنا قول الجمهور بوقوعه . ولكن هذا الترجيح لا يمنعنا من القول بجواز الأخذ بقول المالكية والظاهرية عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة على أن يقصر قولهم ، بعدم وقوع طلاق غير المسلم ، على المسيحيين فقط [2] . لأن وحدة الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية أمر تقتضيه مصلحة الدولة لا سيما بعد توحيد جهات القضاء . ولكن نشترط لهذا التوحيد ان يكون على أساس الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها لا على أساس المذهب الحنفي فقط ، وعلى أن لا يمس هذا التوحيد نصوص الشريعة القطعية . وحيث أن قول الظاهرية والمالكية رأي اجتهادي سائغ من حيث الجملة فلا مانع من الأخذ به بالنسبة للمسيحيين دون غيرهم . بل نستطيع أن نقول أن هذا الرأي يتفق حتى مع المذهب الحنفي ، فإن هذا المذهب يتسع للقول بعدم وقوع طلاق غير المسلم الذي لا يدين بوقوعه بإرادته المنفردة . يدل على ذلك ما جاء في المبسوط : « واذا طلق الذمي إمرأته ثلاثاً ثم أقام عليها ، فرافعته الى السلطان فرق بينهما لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد » [3] . وفي البدائع للكاساني « ولو طلق

---

(١) الصابئون فى حاضرهم وماضيهم ص ١٠٥ .

(٢) أو يبقى منطوق الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهي « ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » على أن يكون المقصود من عبارة « يدينان بوقوع الطلاق » ايقاعه بمحض أرادة الزوج ، فيكون حكم هذه الفقرة شاملاً المسيحيين دون اليهود ، لأن المسيحيين جميعاً لا يدينون بوقوع الطلاق بمحض ارادة الزوج .

(٣) المبسوط جـ ٥ ص ٢٤١ .

الذمي إمرأته ثلاثاً أو خالعها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما لأن العقد قد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع لأنه يدين بذلك»[1] .

ومن هذا نعلم أن قول الحنفية بوقوع طلاق الذمي بني على أساس انه يدين به . ومعنى ذلك أن الذمي اذا لم يعتقد الطلاق مزيلاً للملك وقاطعاً للرابطة الزوجية فإنه لا يقع . ومما يؤيد قولنا هذا ان الإمام ابن عابدين ذكر عبارة : « لأن الطلقات الثلاث قاطعة لملك النكاح في الأديان كلها » وعزاها الى البحر وقال تعليقاً عليها : « قلت لكن المشهور الآن من اعتقاد أهل الذمة أنه لا طلاق عندهم ولعله مما غيروه من شرائعهم »[2] . فهذا التعليق من ابن عابدين يشعر بأن وقوع طلاق الذمي عند الحنفية بني على أساس أنهم يدينون به ، وحيث أن المسيحيين لا يدينون بوقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة فيقتضي ذلك عدم وقوع طلاقهم لأنهم لا يدينون بوقوعه بمحض إرادة الزوج .

والخلاصة فاني لا أرى مانعاً من النص على عدم وقوع طلاق المسيحي عند إرادة توحيد أحكام الأحوال الشخصية لجميع المواطنين في العربية المتحدة على أساس الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها .

المبحث الثاني

الفرقة بالخلع

تمهيـــــد :

٣٣٣ — الطلاق في نظير عوض هو ما يعرف باسم الخلع عند كثير

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣١٢ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار ، طبعة بولاق الثالثة سنة ١٣٢٣ هـ جـ ٢ ص ٣٩٧ .

من الفقهاء والسلف [١] . وقد عرفه الحنفية بأنه ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه [٢] .

والأصل فيه الكتاب والسنة . ففي كتاب الله قوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهنّ شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتـــدت به ... » [٣] . وفي السنة ، ثبت في الحديث الصحيح أن النبي (ص) أمر بالمخالعة بين ثابت بن قيس وزوجته [٤] . فإذا تمّ الخلع بين الزوجين وقع به تطليقه بائنة عند الحنفية ولزم الزوجة المال المتفق عليه ، لما روي عن النبي (ص) أنه قال : « الخلع تطليقة بائنة » . وعنـــد الحنابلة روايتان ، في احداهما أنه فسخ ، وفي الثانية أنه طلقة بائنة ، وهو قول مالك والاوزاعي والثوري [٥] . أما الشافعية فقد قالوا : اذا خالع الزوج زوجته ولم ينو بالخلع طلاقاً فإن الواقع به فسخ ، على قول الشافعي في القديم ، وطلاق على قوله الثاني وهو اختيار المزني [٦] .

واختلف الفقهاء في اشتراط العوض في الخلع : فذهب الحنفية ، في رواية ، والمالكية الى انه ليس بشرط . وعند الحنابلة روايتان . ويرى الشافعية والشيعة الجعفرية والزيدية والظاهرية أن الخلع لا يكون بغير عوض [٧] .

وبما أن الخلع فيه إزالة ملك النكاح ، فيشترط فيه ما يشترط في الطلاق وهو أهلية الزوج لإيقاع الطلاق وهو أن يكون الزوج بالغاً عاقلاً وأن تكون المرأة محلاً لإيقاع الطلاق بأن يكون النكاح قائماً بينهما [٨] .

---

(١) محاضرات عن فرق الزواج فى المذاهب الاسلامية لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ١٣٢ .
(٢) الدر المختار جـ ٢ ص ٧٦٦ — ٧٦٧ .
(٣) سورة البقرة جـ ٢ ، الآية ٢٢٩ .
(٤) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، ص ١٣٤ — ١٣٦ .
(٥) الهداية جـ ٣ ص ١٩٩ ، المغني جـ ٧ ص ٥٦ .
(٦) المهذب جـ ٢ ص ٧٦ .
(٧) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، ص ١٦٥ — ١٦٦ .
(٨) رد المحتار جـ ٢ ص ٧٧٠ .

٣٣٤ ـ الخلع بالنسبة للذميين والمستامنين :

مذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والحنفية ، صحة خلع غير المسلم لأنه يملك الطلاق فيملك الخلع ، لأن من صح طلاقه صح خلعه ، ولأن حكم نكاح غير المسلمين حكم نكاح المسلمين فيما يجب فيه من مهر ووقوع طلاق وخلع ونحو ذلك • فإذا كان الخلع على عوض صحيح صح الخلع والعوض ، واذا كان العوض محرماً ، كالخمر والخنزير ، صح الخلع • أما العوض فإن تمّ قبضه قبل ترافعهما أو قبل إسلامهما فالقبض ماضٍ وليس للزوج إلا ما قبض • وإن لم يتم القبض قبل الترافع أو الإسلام فقد قال الشافعية لا يقضي به الحاكم ولا يأمر بإقباضه ، وللزوج عليها مهر المثل ، وهذا أحد القولين عند الحنابلة ، والقول الآخر ليس على المرأة شيء [١] • أما الحنفية ، فاني لم أقف على قول لهم في هذه المسألة أي اذا لم يكن الزوج قد قبض الخمر والخنزير قبل الترافع أو قبل الاسلام • والظاهر لي أن مقتضى مذهب الأحناف أن الزوج يستحق عند الترافع نفس بدل الخلع من خمر أو خنزير ، لأن الأحناف قالوا إن الخمر والخنزير في حقهم كالخل والشاة في حقنا في حكم الاسلام [٢] • أما بعد الاسلام فيقتضي أن يكون قول الحنفية هو اعطاء الزوج قيمة الخمر والخنزير لأن الخلع وقع عليهما يوم كانا غير مسلمين ، ولكن بعد الاسلام يتعذر تسليم الزوج الخمر والخنزير فيصار الى القيمة قياساً على ما قاله الإمام محمد في المهر اذا كان خمراً أو خنزيراً وأسلما ان الواجب يكون قيمتهما [٣] •

---

(١) شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ١٨٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٧ ، المغني جـ ٧ ص ٨٩ ـ ٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٦٧ ، الأم جـ ٥ ص ١٩٠ ـ ١٩١ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ١٨١ ، رد المحتار جـ ٢ ص ٧٦٨ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٤٨٨ ، ٤٩٤ •

(٢) و (٣) الكاساني جـ ٢ ص ٣١٣ •

٣٣٥ — ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة لا يقر المسيحيون على اختلاف مذاهبهم وقوع الفرقة بين الزوجين عن طريق الاتفاق بينهما ، اذ ليس الاتفاق على التطليق من أسباب التطليق عندهم . وقد نص على هذا المعنى في قواعد الأحوال الشخصية لبعض طوائفهم . من ذلك ما جاء في المادة ٣٧ من قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس : « يحرم على الزوجين أن يتفقا معاً على الطلاق ، وكل سبب يتخذه الزوجان للتحايل على هذه القاعدة يكون مرفوضاً » . أما قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس والروم الأرثوذكس والبروتستانت فقد اكتفت بالنص على أن الطلاق يطلب ولا يكون إلا بحكم قضائي وبينت أسبابه بيان حصر وليس منها اتفاق الزوجين (١) .

أما عند اليهود ، فقد قلنا إن الطلاق يقع عندهم بإرادة الزوج وحده فمن البديهي جواز اتفاقهما عليه ومن ثم يجوز الخلع عندهم . وقد حكمت محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بصحة الاتفاق على الطلاق في الشريعة الموسوية (٢) .

وفي العراق يخضع اليهود لأحكام دياناتهم في مسائل النكاح والفرقة ، وقد قلنا ان الطلاق جائز عندهم ونصت عليه الأحكام والقواعد الفقهية الخاصة بهم ، وعلى هذا يجوز الاتفاق عليه من قبل الزوجين اليهوديين . والمسيحيون يخضعون لقواعد دياناتهم في مسائل الفرقة ولم تنص قواعد السريان الأرثوذكس على الاتفاق على الفرقة كسبب للتفريق .

---

(١) حلمي بطرس ص ١١٠ .

(٢) اهاب حسن ص ٢٧٨ ، ولم يذكر المؤلف رقم الحكم وتاريخه .

٣٣٦ ـ هل يجوز الأخذ بالخلع بموجب شرائع المسيحيين ؟

حقيقة الخلع اتفاق الزوجين على الفرقة ، وليس بدل الخلع شرطاً عند بعض الفقهاء كما قلنا ، فهل يجوز القول بـه بموجب شرائع المسيحيين ؟ قلنا إن الإتفاق على الفرقة غير مأخوذ به في شرائع المسيحيين، ولكن اذا لاحظنا أسباب التطليق عند بعض طوائف المسيحيين ، كالأقباط الأرثوذكس مثلا ، والتي نصوا عليها ، لألفيناها كلها قائمة على معنى الضرر ودفعه بالتطليق لاستحالة الاستمرار على الحياة الزوجية أو لتعذرها ، فلماذا لا يعتبر الاتفاق بين الزوجين على الفرقة كاشفاً عن هذه الحالة القلقة التي تكدر الحياة الزوجية وتلحق الضرر بهما أو بأحدهما على الأقل ؟ الظاهر لي أن الإتفاق على الفرقة يكشف عن واقع سيىء يعيش فيه الزوجان ، فينبغي إجابة طلبهما وإيقاع الفرقة بينهما على أساس دفع الضرر عنهما . وفضلا عن ذلك فإن أسباب التطليق التي ذكرتها قواعد الأحوال الشخصية للأرثوذكس ليست نصوصاً دينية قطعية ، وإلا لما حصل الاختلاف في مداها ، وإنما هي في الحقيقة اجتهادات محضة لا ترجع الى أصل ديني وإنما متأثرة بالعادات المحلية كما قال الاستاذ حلمي بطرس في تبرير اختلاف الكنائس الأرذوكسية في أسباب التطليق [1] .

ولهذا أرى أن الأخذ بالخلع ، كسبب من أسباب وقوع الفرقة بين الزوجين ، يعتبر صحيحاً بموجب الأحكام المقررة عند الأرثوذكس . وينبغي النص عليه عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع المواطنين في الجمهورية العربية المتحدة .

---

(١) حلمي بطرس ص ١٣٣ .

المبحث الثالث

الفرقة بالايلاء

تمهيـــد :

٣٣٧ ـ الايلاء في الشرع حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً بالله ، أو بتعليق ما يستشقه عادة على قربانها ، وهذا عند الحنفية [(١)] .

والأصل فيه قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤا فإنّ الله غفور رحيم . وإن عزموا الطلاق فانّ الله سميع عليم » [(٢)] .

وللايلاء حكمان : « الأول » اذا حنث في يمينه . « الثاني » اذا بر في يمينه . أما « الأول » اذا حنث في يمينه أي فاء الى زوجته في مدة الفيىء ، وهي أربعة أشهر ، بأن وطأها ، لأن الفيىء هو وطؤها ، فعليه كفارة يمين إذا كان حالفاً بالله تعالى . أما إذا كان حالفاً بغير الله تعالى كأن يكون حلفه بالشرط والجزاء ، مثل أن يقول لها إن قربتك فعليّ حجة أو عتق عبد أو أنت طالق ، فعند الحنفية يلزم المحلوف به أي الجزاء المعلق كسائر الأيمـان بالشروط والأجزية . وعنـد الحنابلة والشافعية إذا كان الإيلاء على عتق أو طلاق فإنه يقع بنفس الوطء ، أي موجب الحنث هنا وقوع الطلاق أو العتق لأن وقوعهما علق على صفة وقد وجدت ، وان كان الإيلاء على صدقة أو حج ونحو ذلك من الطاعات فهو مخير بين الوفاء وبين كفارة يمين ، لأنه نذر لجاج وغضب وهذا هو حكمه [(٣)] .

---

(١) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٣٢ .
(٢) سورة البقرة جـ ٢ : الآيتان ٢٢٦ ، ٢٢٧ .
(٣) الكاساني جـ ٣ ص ١٧٥ ، الهداية وشرح العناية جـ ٣ ص ١٨٣ — ١٨٤ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٧٥١ — ٧٥٢ ، المغني جـ ٧ ص ٣٢٤ — ٣٢٥ ، المهذب جـ ٢ ص ١١٨ .

أما الحكم الثاني للايلاء ، وهو في حالة البر في يمينه وعدم فيئه ، فعند الحنفية إذا مضت مدة الايلاء ، وهي أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ، وقع الطلاق البائن عقوبة له جزاء على ظلمه وامتناعه من إيفاء حق زوجته في الجماع ، والطلاق هنا تطليقة بائنة واحدة . وعند الحنابلة والشافعية إذا مضت مدة التربص التي أمر الله بها ، وهي أربعة أشهر ، دون أن يفيء فإنه يخير بين الفيء اليها بالجماع وبين تطليقها ، فإن أبى طلق عليه القاضي ، وبهذا قال مالك وأبو ثور وغيرهم . والطلاق هنا ، سواء كان من المولي أو من الحاكم ، طلاق رجعي عند الشافعي وأحمد بن حنبل ، وفي رواية عن أحمد اذا طلق القاضي عليه فالطلاق بائن [1] .

٣٣٨ — ايلاء الذمي والمستأمن :—

هل يعتبر إسلام الزوج المولي من شروط صحة الايلاء ؟ عند الحنفية تفصيل واختلاف :

فعند أبي حنيفة يشترط في الزوج المولي أهلية إيقاع الطلاق ، ومعنى هذا عدم إشتراط الاسلام لصحة الايلاء ، فيصح الايلاء من غير المسلم كما يصح من المسلم .

وعند الصاحبين : الشرط في المولي أن يكون أهلاً للكفارة ، ومقتضى هذا ، أن يكون مسلماً ، لأن غير المسلم ليس أهلا للكفارة عند الحنفية . إلا أن هذين القولين ليس على اطلاقهما ، فعند الحنفية جميعاً اذا كان الإيلاء بالطلاق والعتاق ، بأن قال لزوجته إن قربتك فأنت طالق أو عبدي حر ، صح هذا الايلاء من غير المسلم بلا خلاف عند الحنفية لأن غير المسلم من أهل إيقاع الطلاق والعتاق . كما لا خلاف أيضاً عندهم في أنه اذا آلى غير المسلم بشيء من القربات كالصوم والصدقة والحج والعمرة ، بأن قال لزوجته إن قربتك فعليّ صوم أو حجة

---

(١) الكاساني جـ ٣ ص ١٧٥ — ١٧٦ ، الهداية جـ ٣ ص ١٨٤ ، المهذب جـ٢ ص ١١٨ — ١١٩ ، المغني جـ٧ ص٣١٨ — ٣١٩ ، ٣٣٠ — ٣٣١ .

ونحوهما من القربات ، أنه لا يصح إيلاؤه ولا يكون مولياً ، لأن غير المسلم ليس من أهل القربة ، فله قربان زوجته من غير شيىء يلزمه .
ولكن اختلف أبو حنيفة وصاحباه في صحة إيلاء غير المسلم اذا حلف بالله تعالى بأن قال لزوجته : والله لا أقربك ، فأبو حنيفة قال يصح إيلاؤه هنا ، وقال الصاحبان لا يصح إيلاؤه . وحجة الصاحبين أن اليمين بالله تعالى بأن قال لزوجته : والله لا أقربك . فأبو حنيفة قال يصح أيضاً ، والجامع بينهما أن اليمين بالله تعالى تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث ، وغير المسلم ليس من أهل الكفارة . وحجة أبي حنيفة ، عموم قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم ... الآية » من غير تخصيص بالمسلم ، ولأن الإيلاء بطريق الحلف بالله تعالى يمين يمنع القربان من الزوجة خوفاً من هتك حرمة اسم الله تعالى ، وغير المسلم يدين بوجوب رعاية حرمة اسم الله تعالى ، ولهذا يستحلف على الدعاوى كالمسلم ، فيصح إيلاؤه كما يصح إيلاء المسلم . واذا صح إيلاؤه بطريق الحلف بالله تعالى ثبتت أحكام الإيلاء في حقه كما تثبت في حق المسلم ، إلا أنه لا يظهر حكم الايلاء في حق حكم الحنث وهو الكفارة ، فإذا حنث بيمينه لم تلزمه الكفارة ، لأن الكفارة عبادة وهو ليس من أهل العبادة . أما في حق حكم البر في يمينه فإن الحكم يظهر ، فإذا لم يقرب زوجته في مدة الإيلاء وقع الطلاق لأنه من أهل إيقاع الطلاق [1] .

وعند الحنابلة والشافعية يصح الايلاء من غير المسلم لعموم قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم » ولأن من صح طلاقه صح إيلاؤه [2] . وأما الكفارة إذا حنث ، فالظاهر أنه يكفر بالعتق والإطعام قياساً على ما قالوه في كفارة الظهار بالنسبة لغير المسلم [3] .

---

(١) الكاساني جـ ٣ ص ١٧٥ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٧٥١ .
(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٧ ، ٢٢٢ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٢٩٧ ، المغني جـ ٧ ص ٣١٤ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٤٣ ، الأم جـ ٤ ص ١٣٠ ، ١٨٤ ، الأم جـ ٥ ص ٥٠ ، ٢٥٥ .
(٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٢٨ ، شرح منتهى الاردات جـ ٣ ص ٣٠٢ ، المهذب جـ ٢ ص ١٢٨ .

وعند الشيعة الامامية يجوز الإيلاء من غير المسلم اذا كان مقراً بالله تعالى ، ولا ينافي صحة إيلائه تعذر الكفارة منه حال كفره ، لأن الكفارة منه ممكنة في الجملة بأن يسلم ويكفّر ، فلم يكن كفره مانعاً من صحة إيلائه [1] .

وعند المالكية لا يصح الإيلاء من غير المسلم [2] .

٣٣٩ — ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة والعراق لا يعرف المسيحيون ولا اليهود الإيلاء كسبب من أسباب التطليق ، ولذا فهم لا يأخذون به . ولكن اذا صار الاختصاص للشريعة الاسلامية في حالة اختلاف الزوجين في الطائفة والملة ، كما هو المقرر في العربية المتحدة ، فإن إيلاء الذمي تسري عليه أحكام المذهب الحنفي .

المبحث الرابع

الفرقة باللعان

تمهيـــــد :

٣٤٠ — الأصل في اللعان قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه

(١) شرح اللمعة جـ ٢ : « ويجوز الايلاء من الكافر الذمي لامكان وقوعه من حيث يقر بالله ولا ينافيه وجوب الكفارة المتعذرة منه حال كفره لامكانها فى الجملة كما تقدم فى الظهار ... » وجاء في باب الظهار من شرح اللمعة جـ ٢ : « ويصح الظهار من الكافر على أصح القولين ... والتمكن من التكفير متحقق بتقديم الاسلام لأنه قادر عليه » .

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٤٢٦ ، المواق جـ ٤ ص ١٠٦ ، والزرقاني على مختصر خليل جـ ٤ ص ١٥٠ .

لمن الصادقين . والخامسة أنّ لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين . » [1] .

واللعان عند الحنفية ، شهادات مؤكدات بالأيمان يؤديها الزوجان — اذا ما قذف الزوج زوجته بالزنى ، أو نفى نسب ولدها — مقرونة باللعن منه ، وبالغضب منها [2] . وسمي ذلك باللعان لوجود لفظ اللعن في لعان الزوج [3] . وسبب اللعان هو قذف الزوج زوجته بالزنى ، إما بغير نفي نسب الولد كأن يقول لها : يا زانية ، أو زنيت . وإما بنفي نسب الولد كأن يقول لها : هذا الولد من الزنى ، أو هذا الولد ليس مني [4] .

ولابد لوجوب إجراء اللعان طلب المرأة إن كان الزوج قذفها بالزنى من دون نفي نسب الولد ، أما اذا كان القذف بنفي نسب الولد فالشرط طلبه من قبل الزوجة أو الزوج ، فإن لم تطلبه الزوجة كان للزوج أن يطلبه [5] .

فإذا تم اللعان بين الزوجين وقعت الفرقة بينهما ، إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما وقعت به الفرقة وفي صفة هذه الفرقة : فعند مالك تقع الفرقة اذا فرغ الزوجان من اللعان ، والفرقة عنده فسخ توجب بينهما حرمة مؤبدة [6] . وعند الشافعية تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده ،

---

(١) سورة النور جـ ١٨ : الآيات ٦ — ٩ .
(٢) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٤٩ .
(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤٧ .
(٤) الكاساني جـ ٣ ص ٢٣٩ .
(٥) المغني جـ ٧ ص ٤٠٥ ، الأم جـ ٥ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٢٥٠ . فرق النكاح ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٢ .
(٦) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٠٠ — ١٠١ . ولا يرث ولد الملاعنة من الملاعن ولا يرثه هو وترثه امه : كفاية المتخصصين ص ١٣١ .

بمعنى اذا أتم الزوج لعانه وقعت الفرقة • وعند الحنابلة روايتان : في احداهما لا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما ، وفي الرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانهما • والفرقة فسخ عند الشافعية والحنابلة توجب الحرمة المؤبدة ، وبهذا قال أكثر أهل العلم [١] • أما الحنفية ، فعندهم لا تقع الفرقة بنفس اللعان بل بتفريق القاضي اذا أبى الزوج أن يطلق بعد اللعان ، وقال الإمام زفر : تقع الفرقة بتلاعنهما • والفرقة باللعان عند أبي حنيفة ومحمد تطليقه بائنة ، وتثبت حرمة التزوج بينهما ما داما على حالة اللعان ، فإن كذب الزوج نفسه وجلد الحد أو لم يحد جاز النكاح بينهما • وقال أبو يوسف وزفر هي فرقة بغير طلاق ، وتوجب الحرمة المؤبدة كحرمة الرضاع [٢] •

٣٤١ — اللعان بين الذميين والمستامنين :

اختلف الفقهاء في صفة المتلاعنين الذين يجري بينهما اللعان [٣] • والذي يهمنا من اختلافهم في هذا المقام ، اختلافهم في اشتراط صفة الاسلام في الزوجين • فالجمهور منهم على عدم اشتراط الاسلام لجريان اللعان بين الزوجين • والحنفية يوجبون هذا الشرط • وعلى أساس هذا الاختلاف قام الاختلاف في جواز أو عدم جواز اللعان بين الزوجين غير المسلمين ، وفي هذه المسألة قولان :—

أولا — قول الحنفية :

اشترط الحنفية لاجراء اللعان بين الزوجين ان يكونا مسلمين ، فلا يصح عندهم اللعان بين الزوجين غير المسلمين ، ولا بين الزوج المسلم وزوجته غير المسلمة [٤] •

---

(١) المغني جـ ٧ ص ٤١٠ — ٤١٤ ؛ مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٨٠ •

(٢) الكاساني جـ ٣ ص ٢٤٥ — ٢٤٦ ، الهداية وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٥٣ — ٢٥٥ •

(٣) يراجع في هذا البحث : الكاساني جـ ٣ ص ٢٤٠ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٨٠٥ وما بعدها ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٩٨ ، المغني جـ ٧ ص ٣٩٢ وما بعدها •

(٤) الفتاوى الخانية جـ ١ ص ٥٤٨ ، الكاساني جـ ٣ ص ٢٤١ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤٧ ، رد المحتار جـ ٢ ص ٨٠٦ •

وحجة الحنفية : هي أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن في حقه وبالغضب في حقها [١] ، فكل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان ومن لم يكن من أهلهما لم يكن من أهل اللعان . وعلى هذا الأساس اشترطوا الاسلام في كل من الزوجين ، لأنه اذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة لم تتوافر شروط الشهادة في الزوجة ، لأن غير المسلم ليس من أهل الشهادة على المسلم وإن كان المسلم من أهل الشهادة على غير المسلم . واذا كان الزوجان غير مسلمين ، فغير المسلم وان كان من أهل الشهادة على غير المسلم ، عند الاحناف ، كما سيأتي بيانه ، إلا أنه ليس من أهل اليمين بالله عز وجل ، لأنه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة ، ولهذا لا يصح ، عندهم ، الظهار من غير المسلم ، فلا يصح منه اللعان ، لأن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان ، عند الأحناف ، كما قلنا ، فلابد من توافر شروط الشهادة واليمين في كل من الزوجين لإمكان اجراء اللعان بينهما [٢] .

ثانياً — قول الجمهور :

ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية والشيعة الامامية والاباضية الى صحة اللعــان بين الزوجين سواء أكانا مسلمين أم غير مسلمين . وعن أحمد بن حنبل رواية ، كما جاء في المغني ، بعدم صحة اللعان بين الزوجين اذا لم يكونا مسلمين ، ولكن الظاهر أن المأخوذ به في المذهب الحنبلي جواز اللعان بين الزوجين غير المسلمين لأن فقهاءهم المتأخرين ، كصاحب كشاف القناع لم يذكر إلا القول بجواز اللعان

---

(١) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٥ .

(٢) الكاساني جـ ٣ ص ٢٤١ — ٢٤٢ .

بين الزوجين غير المسلمين (١) .

وحجة الجمهور ، عموم قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ... الآية » ، ولأن اللعان يوجب درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفي النسب ، وغير المسلم كالمسلم في ذلك . كما انهم يرون أن اللعان ليس شهادات وإنما هو أيمان ، فكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان سواء أكان من أهل الشهادة أم لم يكن . وحيث أن غير المسلم من أهل اليمين وتلزمه الكفارة بالحلف فإن اللعان يثبت بين الزوجين وإن كانا غير مسلمين (٢) . والدليل على ان اللعان ليس شهادات وإنما هو أيمان «أنها تتكرر من كل منهما ، والشهادة لا تتكرر — بخلاف اليمين ، فقد عهد فيه : التكرار ، والتغليظ — كما في القسامة — ، وأنها تكون من الطرفين ، والشهادة لا تكون إلا من طرف واحد ، هو المدعي . وبدليل ما جاء في بعض الروايات ، من قوله صلى الله عليه وسلم : لولا الايمان — يريد أيمان اللعان — لكان لي ولها شأن وذلك حين ظهر الحمل الذي ولدته المقذوفة يشبه من قذفت به : وهو شريك بن

---

(١) الأم للشافعي جـ ٥ ص ٥٠ ، ٢٧٣ ، المهذب جـ ٢ ص ١٣٤ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٧٨ ، المغني جـ ٧ ص ٣٩٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٤٣ — ٢٤٤ ، المحلى جـ ١٠ ص ١٤٣ — ١٤٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٩٨ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٤٥٨ ، المختصر النافع ص ٢٣٥ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٤٣٠ ، شرح النيل جـ ٣ ص ٤٠ : « يثبت اللعان بين المشرك والمشركة اذا تحاكما الينا ، وبين المسلم وزوجته المشركة . وبه اقول اذ الحق انهم مخاطبون بفروع الشريعة ومنها حكم اللعان » .
ويلاحظ هنا أن المالكية يشترطون لاجراء اللعان بين الذميين مرافعتهما الينا ورضاهما بحكمنا : فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا علي الخفيف . كما سنبين ذلك فيما بعد .

(٢) المغني جـ ٧ ص ٣٩٣ ، المغني جـ ٨ ص ٦٧٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٩٨ ، شرح اللمعة جـ ٢ : « ولا يشترط ... ولا الاسلام بل يلاعن ولو كان كافراً ، وقيل لا يلاعن الكافر بناء على انه شهادات كما يظهر من قوله تعالى : « فشهادة احدهم » وهما ليسا من أهلها . وهو ممنوع لجواز كونه ايماناً لافتقاره الى ذكر اسماء الله تعالى ، واليمين يستوى فيها المسلم والكافر .. » .

سحماء . وبدليل ذكر القسم وجوابه ، وبدليل : أن الزوج يدفع بها عن نفسه حد القذف ، وأن الزوجة تدفع بها عن نفسها حدّ الزنى ، ولا تقبل شهادة المرء لنفسه . وبدليل أنه لابد فيها من ذكر اسم الله تعالى ، والشهادة لا يشترط فيها ذلك . وبدليل ما يرى من التساوي بين المرأة والرجل فيها ، ولو كانت شهادة لكانت المرأة على النصف من الرجل » (١) .

وقول الجمهور هو الراجح لقوة ما استدلوا به (٢) ، فينبغي المصير اليه . فضلاً عن ان غير المسلم يحتاج الى اللعان — كحاجة المسلم — لنفي نسب من ليس ولده عنه ، ولا سبيل الى ذلك إلا باعتبار لعانه . والشريعة الاسلامية العادلة الحكيمة « لا ترفع الضرر والحرج عن فريق من المستظلين بظلها ، فتجعل له فرجاً ومخرجاً مما نزل به ، وتدع الفريق الآخر في الاصار والأغلال لا فرج له ولا مخرج ولا منقذ مما نزل به » (٣) .

٣٤٢ — ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، لا تعرف شرائع الذميين ، من يهود ومسيحيين ، اللعان بين الزوجين ، فلا يؤخذ به عندهم . وحتى لو انعقد الاختصاص القانوني للشريعة الاسلامية عند اختلاف الزوجين في الطائفة أو الملة فإن اللعان لا يجري بينهم ، لأن المذهب الحنفي هو الواجب التطبيق في هذه الحالة ، واسلام الزوجين شرط لاجراء اللعان

---

(١) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٦ — ٢٥٧ .

(٢) فرق الزواج ص ٢٥٧ .

(٣) فرق الزواج ص ٢٥٧ .

بينهما في المذهب الحنفي كما قلنا .

وكذلك الحكم في العراق بالنسبة للذميين من يهود ومسيحيين اذ ليس في أحكامهم ، التي تطبق على أنكحتهم وما يتعلق بهـا ، القول باللعان .

المبحث الخامس

الفرقة بسبب اباء الاسلام

٣٤٣ — إذا أسلم الزوجان غير المسلمين معاً وكانت الزوجة على صفة يجوز لزوجها إبتداء نكاحها في الحال فهما على نكاحهما . وإن لم تكن الزوجة على هذه الصفة ، أي لا يجوز لزوجها إبتداء نكاحها بأن كان بينهما سبب من أسباب التحريم ، كأن تكون محرمة عليه بالنسب أو الرضاع ، فرق بينهما . ولا خلاف في هذا بين أهل العلم[1] .

وإذا أسلم الزوج وحده ، فإن كان بين الزوجين سبب من أسباب التحريم وقعت الفرقة بينهما بناء على ذلك السبب وهذا محل اتفاق بين أئمة المسلمين [2] . وإن لم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم وكانت الزوجة كتابية فهما على نكاحهما ، لأنه يصح النكاح بينهما إبتـداء فإستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز تزوج المسلم نساء أهل الكتاب كالحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم [3] .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠ ، المغني ج ٦ ص ٦١٣ .
(٢) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص٣١٦ .
(٣) المغني جـ ٦ ص ٦٣٤ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٩ ، الهداية جـ ٢ ص ٥٠٩ ، شرح الكنز للعيني جـ ١ ص ١٦٤ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٦ ، الام جـ ٥ ص ٤٣ ، شرح منهج الطلاب جـ ٣ ص ٣٧٦ ، تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣٢٨ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٧ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨٥ ، المحلى جـ ٧ ص ٣١٢ ، شرح الروض النضير جـ ٤ ص ٦٦ ، فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٣١٦ .

وأما إذا أسلمت الزوجة وحدها ، أو أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كافرة من غير أهل الكتاب ، ولولا أنها من غير أهل الكتاب لجاز له نكاحها إبتداء ، فقد اختلف الفقهاء في تعجل الفرقة بينهما في هاتين الحالتين . وأذكر فيما يلي أقوال المذاهب المختلفة في هاتين الحالتين وأدلتهم ، وما يرد عليها من إعتراضات ، ثم ابين القول الراجح منها .

٣٤٤ — أولا — مذهب الظاهرية :

ينفسخ النكاح ساعة إسلام أحد الزوجين ، حتى لو أسلم الآخر بعد الأول بزمن قل أو كثر فلا بقاء لعقد النكاح بينهما . وقال ابن حزم : وهذا قول قتادة والشعبي وغيرهما من فقهاء السلف ، وهو المروي عن بعض الصحابة كعمر بن الخطاب وعبدالله بن عباس ، فقد أسلمت إمرأة نصرانية ، كانت تحت نصراني ، ففرق بينهما عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وقال ابن عباس — في اليهودية أو النصرانية تسلم تحت اليهودي أو النصراني — يفرق بينهما ، الاسلام يعلو ولا يعلى عليه [1] .

والحجة لهذا القول ما يأتي :

أ — الآثار المروية عن بعض الصحابة كعمر بن الخطاب وعبدالله ابن عباس ، والتي رواها ابن حزم واحتج بها وقد ذكرناها .

ب — واحتج ابن حزم الظاهري أيضاً بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنـات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلون لهنّ ، وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن ، ولا تمسكوا بعصم الكوافر ، واسألوا ما أنفقتم وليسألوا ما أنفقوا ، ذلكم حكم الله يحكم بينكم والله عليم حكيم » [2] .

---

(١) المحلى جـ ٧ ص ٣١٢ ، ٣١٤ .

(٢) سورة المتحنة جـ ٢٨ : الآية ١٠ .

فهذه الآية الكريمة أباحت للمسلمين نكاح من أسلمت وبقي زوجها كافراً ، فدل ذلك على زوال النكاح بينهما بإسلامها . كما دلت هذه الآية الكريمة على أن الذي يسلم مأمور بأن لا يمسك بعصمة كافرة بل عليه أن يفارقها ، فصح بذلك أن إسلام أحد الزوجين قاطع للنكاح حالاً [1] .

جـ — إسلام أحد الزوجين من أسباب الفرقة بينهما ، فيجب أن تقع الفرقة اذا تحقق هذا السبب دون توقف على أي شيء آخر ، كما هو الحكم في أسباب الفرق الأخرى كالرضاع والطلاق والخلع [2] .

٣٤٥ — ثانياً — مذهب الحنابلة والشافعية والشيعة الامامية :

اذا كان الاسلام قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال ، وان كان الاسلام بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة : فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على نكاحهما إن كان يجوز للزوج ابتداء نكاحها ساعة اجتمع إسلامهما ، وان لم يسلم الآخر حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما [3] .

وحجة القول بوقوع الفرقة في الحال ، إذا كان الاسلام قبل الدخول ، هي ما يأتي :—

أ — اختلاف الدين يمنع الإقرار على النكاح ، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة لأن ملك النكاح غير متأكد بالدخول فينقطع بنفس الاسلام ، ولأنه إن كان الذي أسلم هو الزوج فليس له إمساك

---

(١) المحلى جـ ٧ ص ٣١٦ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٦٤ .

(٣) الأم جـ ٥ ص ٣٩ — ٤١ ، الأم جـ ٥ ص ٤٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٥ ، متن المنهاج ومغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩١ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١٠٢ ، وسفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨٥ ، وشرح اللمعة جـ ٢ في باب نكاح الكافر ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٩ — ٧٠ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٦ — ٩٧ . وعن احمد بن حنبل رواية ثانية بوقوع الفرقة في الحال اذا كان الاسلام بعد الدخول : المغني جـ ٦ ص ٦١٦ .

كافرة لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ، وإن كانت الزوجة هي التي أسلمت فلا يجوز ابقاؤها على نكاح الكافر [١] .

ب — إن الطلاق قبل الدخول يقطع النكاح في الحال ، فكذلك إسلام أحد الزوجين قبل الدخول ، لأن اختلاف الدين الطارىء على النكاح من أسباب الفرقة ، فإذا طرأ على النكاح قبل تأكده بالدخول تعجلت الفرقة كما في الطلاق [٢] .

أما حجة القول بتوقف الفرقة على انقضاء العدة ، فهي ما يأتي —

١ — روي عن ابن شبرمة [٣] ، أنه قال : كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل إنقضاء عدة المرأة فهي إمرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما [٤] .

٢ — روى الإمام مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أنّ بنت الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية ، فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية ولم يسلم ، فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أماناً فرجع ، وشهد معركة حنين والطائف وهو كافر وإمرأته مسلمة ، ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما حتى أسلم واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن شهاب : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحو من شهر [٥] . وقال ابن شهاب : ولم يبلغنا

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٦١٤ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٦ .

(٢) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٧ .

(٣) هو عبدالله بن شبرمة فقيه كوفي ، ولد سنة ٩٢ هـ وتفقه بالشعبي ، قال عنه حماد بن زيد : ما رأيت كوفياً افقه من ابن شبرمة . مات رحمه الله تعالى سنة ١٤٤ هـ : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٦٤ .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٥٥ ، المغني جـ ٦ ص ٦١٦ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٧ .

(٥) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٦٢ ، المغني جـ ٦ ص ٦١٦ ، تفسير القرطبي جـ ١٨ ص ٦٨ .

أن إمرأة هاجرت الى الله ورسوله ، وزوجها كافر مقيم بدار الكفر ، إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها (١) .

٣ — روى الإمام مالك أيضاً عن ابن شهاب : أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام كانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة من الاسلام حتى أتى أليمن ، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح وبايعه ، فثبتا على نكاحهما ذلك (٢) .

٣٤٦ — ثالثاً — مذهب المالكية :

اذا أسلمت المرأة قبل الدخول وقعت الفرقة بينهما حالاً ، واذا أسلمت بعد الدخول توقف الأمر على إسلامه في العدة ، فإن أسلم فيها فهما على نكاحهما إن كانت ممن تحل له ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة ، وقعت الفرقة بينهما (٣) ، ولا يعرض عليه الاسلام (٤) .

واذا أسلم الزوج وكانت زوجته كافرة غير كتابية ، وقعت الفرقة بينهما اذا عرض الاسلام على الزوجة فلم تسلم ، واذا غفل عن العرض حتى تطاول الزمن وقعت الفرقة بينهما حتى ولو أسلمت المرأة بعد

---

(١) شرح الموطأ للزرقاني جـ ٣ ص ١٥٦ — ١٥٧ ، بدائع المنن فى مسند الشافعي والسنن جـ ٢ ص ٣٤٩ — ٣٥٠ ، نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٦٢ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٦١٦ ، شرح الموطأ للزرقاني جـ ٣ ص ١٥٨ .

(٣) شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٨ ، المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٤٨ ، ١٥٣ ، المواق جـ ٢ ص ٤٧٨ — ٤٧٩ .

(٤) المدونة جـ ٤ ص ١٥٣ : « قلت : ارايت ان اسلمت المراة ، وزوجها كافر ، ايعرض على زوجها الاسلام في قول مالك أم لا ؟ قال : لا يعرض عليه الاسلام في رايي ، ولكنه ان اسلم في عدتها فهو احق بها ، وان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها » . المواق جـ ٢ ص ٤٧٨ .

ذلك [١] ، وقــدروا تطاول الزمن الذي تقع الفرقة بعــده بمدة شهرين [٢] . وهذه الحالة فيما اذا كان إسلام الزوج بعد الدخول ، أما إذا أسلم الزوج قبل الدخول فإن الفرقة تتعجل بينهما [٣] .

وحجة المالكية فيما ذهبوا اليه ، ما يأتي :ـ

أ ـ في حالة إسلام الزوجة بعد الدخول ، استدلوا بحديث صفوان وحديث أم حكيم ، وقد ذكرناهما [٤] .

ب ـ وفي حالة إسلام الزوجة أو الزوج قبل الدخول ، استدلوا بقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . وبأن المرأة لا عدة عليها ، فينقطع النكاح بينهما حالاً بإسلام أحدهما [٥] .

جـ ـ أما في حالة إسلام الزوج بعد الدخول ، فإن المالكية لم يراعوا انقضاء العدة لإيقاع الفرقة لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » [٦] ، ولأن السنة إنما وردت في مراعاة العدة اذا كانت المرأة

---

(١) شرح الموطأ للزرقاني جـ ٣ ص ١٥٨ ـ ١٥٩ : « قال مالك : واذا اسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما اذا عرض عليها الاسلام فلم تسلم ، لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . المدونة جـ ٤ ص ١٤٨ : « قال مالك :اذا اسلم الزوج قبل المرأة ، وهما مجوسيان ، وقعت الفرقة بينهما وذلك اذا عرض عليها الاسلام فلم تسلم . قال ، اي ابن القاسم : وارى اذا طال ذلك فلا تكون امرأته وان اسلمت ، وتنقطع العصمة فيما بينهما اذا تطاول ذلك . قلت : كم يجعل ذلك ؟ قــال : لا ادري . قلت : الشهرين ؟ قال : لا أحد فيه حداً وارى الشهر واكثر من ذلك قليلا وليس بكثير » .

(٢) بلغة السالك والشرح الصغير للدردير جـ ١ ص ٣٧٨ .

(٣) تفسير القرطبي جـ ١٨ ص ٦٦ ـ ٦٧ ، المغني جـ ٦ ص ٦١٥ ـ ٦١٦ .

(٤) ص ٤٠٦ و ٤٠٧ من هذه الرسالة .

(٥) تفسير القرطبي جـ ١٨ ص ٦٧ ، المغني جـ ٦ ص ٦١٤ .

(٦) شرح الموطأ للزرقاني جـ ٣ ص ١٥٨ ـ ١٥٩ .

هي التي أسلمت دون زوجها [١] ، ولأن العدة لما كانت في الأصل حقاً للزوج لإرتجاع المعتدة فيجب أن تعتبر فيما فيه الرجعة من قبل الزوج إذ يكون له الارتجاع وعدمه ، ولا يكون هـذا إلا في حالة إسلام الزوجة ، إذ يمكن للزوج في هذه الحالة أن يرجع زوجته بآن يسلم في عدتها . أما إذا أسلم الزوج فإن الإرتجاع لا يكون بيده وإنما بيـد الزوجة بأن تسلم باختيارها ، وهذا لا يوجب مراعاة العدة لأن العدة في هذه الحالة لها لا عليها [٢] .

٣٤٧ — رابعاً — مذهب الحنفية :

إذا أسلم أحد الزوجين غير الكتابيين أو أسلمت الزوجة على أي دين كان زوجها ، عرض الاسلام على الآخر ، فإن أسلم وكانت الزوجة تحل للرجل فإن النكاح على حاله ، وإن أبى فرق القاضي بينهما ، وما لم يفرق القاضي بينهما فالنكاح قائم . وإنما يكون عرض الاسلام على الآخر اذا كان عاقلاً بالغاً أو صبياً مميزاً يعقل الأديان ، فإن كان غير مميز انتظر عقله لأن له غاية معلومة ، وإن كان مجنوناً فلا ينتظر عقله ، لأنه ليس له غاية معلومة ، فيعرض الاسلام على أبويه ، فأيهما أسلم تبعه المجنون في إسلامه وبقي النكاح . وإذا أبيا الاسلام فرق القاضي بينهما . وإن لم يكن للمجنون أب ولا أم نصب القاضي عليه وصياً ليقضي عليه بالفرقة [٣] .

---

(١) المدونة جـ ٤ ص ١٥١ : « قلت : وهذا ايضاً لم قلتموه ، ان النصراني اذا أسلمت امرأته انه املك بها ما دامت في عدتها وهو لا يحل له نكاح مسلمة ابتداء ، وقد قال الله تبارك وتعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . « قال » جاءت الآثار انه املك بها مادامت في عدتها ان هو أسلم ، وقامت به السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فليس لما قامت به السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم قيـاس ولا نظر » .

(٢) العلاقات الخاصة بين المسلمين وغير المسلمين للشيخ بدران أبي العينين بدران ، طبعة مطبعة دار التأليف بالقاهرة ص ٩٣ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٣٤ — ٥٣٥ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٦ ، الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٤ .

وقد احتج الحنفية لمذهبهم بجملة أدلة ، منها :ــ

أ ــ إن رجلا من بني تغلب أسلمت إمرأته فعرض عمر رضي الله عنه عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ، فيكون اجماعاً . ولو أن الفرقة تقع بنفس الاسلام لما وقعت الحاجة الى التفريق [1] .

ب ــ إن الفرقة بين الزوجين يجب أن تضاف الى سبب ، وإسلام من أسلم لا يصلح أذ يكون سبباً لرفع النكاح ووقوع الفرقة ، لأن الاسلام طاعة ، والطاعة لا تكون سبباً لتفويت نعمة الزوجية وانقطاع النكاح ، كما أن الاسلام عرف عاصماً للأملاك مؤكداً لها ، فلا يكون مبطلاً لها . وكذلك كفر المصر لا يكون قاطعاً للنكاح ، لأن الكفر كان موجوداً منهما ولم يمنع ابتداء النكاح فلأن لا يمنع البقاء ، وانه أسهل ، أولى . وكذا اختلاف الدين لا يكون سبباً لقطع النكاح لأنه لا يمنعه ابتداء ، كما لو تزوج مسلم كتابية ، فلا يكون مانعاً له بقاء أيضاً . ولكن لو أبقينا النكاح بينهما لا تحصل مقاصد النكاح ، لأن مقاصد النكاح لا تحصل إلا بالاستفراش ، والكافر لا يمكّن من استفراش المسلمة ، والمسلم لا يحل له استفراش المشركة والمجوسية لخبثهما ، فيعرض الاسلام ــ من غير إكراه ــ على الزوج الذي لم يسلم ، لتحصيل مقاصد النكاح ، إن أسلم ، أو لتقرير الفرقة إذا أبى لعدم الفائدة عند ذاك من بقاء النكاح . فيكون إباء الاسلام سبباً صالحاً للفرقة لأنه

---

(1) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٧ ، الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٤ ، وفي زاد المعاد لابن القيم ، طبعة المطبعة النظامية في الكانفور بالهند طبعة سنة ١٢٩٨ هـ جـ ٢ ص ١٧٩ : « وكذلك صح عنه « اي عن عمر » رضي الله عنه ان نصرانياً اسلمت امراته فقال عمر رضي الله عنه : ان اسلم فهي امراته وان لم يسلم فرق بينهما . فلم يسلم ففرق بينهما . وكذلك قال لعبادة بن النعمان التغلبي ، وقد اسلمت امراته ، اما ان تسلم والا نزعتها منك . فأبى فنزعها منه . وعن الحسن رضي الله عنه قال : اذا اسلمت وابى ان يسلم فانها تبين منه بواحدة » ، المحلى جـ ٧ ص ٣١٤ .

معصية فناسب إضافة سبب الفرقة اليه (١) .

٣٤٨ — خامساً — قول ابن قيم الجوزية :—

إذا أسلم أحد الزوجين قبل الآخر لم ينفسخ النكاح في الحال ، فإنه لا يعرف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جدد نكاح زوجين سبق أحدهما الآخر باسلامه . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم برد إبنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع وهو لم يسلم إلا بعدها . وأما مراعاة زمن العدة فلا دليل عليه من نص أو اجماع ، ولا كان النبي صلى الله عليه وسلم يسأل المرأة هل انقضت عدتها أم لا ، ولا ريب أن الاسلام لو كان بمجرده سبباً للفرقة لما كانت فرقة رجعية بل بائنة ، فلا أثر للعدة في بقاء النكاح وإنما أثرها في منع المعتدة من النكاح حتى تنقضي عدتها ، فلو كان الاسلام قد نجز الفرقة بينهما لما كان الزوج أحق بها في العدة . والذي دل عليه حكمه صلى الله عليه وسلم هو أن النكاح موقوف . فإن أسلم الآخر قبل إنقضاء العدة فهما على نكاحهما ، وإن إنقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وإن أحبت انتظرت حتى يجتمع اسلامهما فيبقيان على نكاحهما الأول دون تجديد له . فكان الأمر في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أحد أمرين : إما افتراقهما ونكاحها غيره ، وإما بقاء نكاحهما وإن تأخر إسلامها أو اسلامه . أما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلا نعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بواحدة منهما مع كثرة من أسلم بعهده من الرجال وأزواجهم ، وقرب اسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه . ولولا إقراره صلى الله عليه وسلم الزوجين على نكاحهما ، وإن تأخر إسلام أحدهما عن الآخر ، لقلنا بتعجيل الفرقة بالاسلام من غير اعتبار عدة لقوله تعالى : « لا هنَّ حلٌّ لهم ولا هم يحلون لهنَّ » وقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »

---

(١) الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٤ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٧ .

ولكن الذي أنزل عليه هذه الآية لم يأمره بأن يحكم بتعجيل الفرقة بالاسلام [١] .

٣٤٩ ـ مناقشة الاقوال المختلفة وادلتها :

اولا ـ القول بتعجيل الفرقة بمجرد إسلام أحد الزوجين ، كما يقول ابن حزم ، قول ضعيف لما يأتي :ـ

أ ـ لم يعرف أن النبي صلى الله عليه وسلم جدد نكاح زوجين أسلم أحدهما قبل لاخر قط ، وقد كان الصحابة يسلم الرجل منهم قبل امرأته وبالعكس ولم يعرف عن أحد منهم البتة أنه تلفظ باسلامه هو وامرأته حرفاً بحرف ومع هذا فما كانت الفرقة تقع بينهما بسبب تأخر اسلام أحدهما عن الآخر [٢] .

ب ـ والاحتجاج بالآثار المروية ، عن عمر وغيره ، بوقوع الفرقة بمجرد اسلام أحد الزوجين ، ليست صريحة في تعجيل الفرقة [٣] ، وتعارض بما روي عن عمر صراحة بعدم تعجيل الفرقة باسلام أحـد الزوجين [٤] .

جـ ـ اما الاحتجاج بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات .... الآية » فهذه الآية الكريمة يستدل بها على وقوع الفرقة بين الزوجين اذا أسلم أحدهما دون الآخر مع اختلاف الدار بينهما ، كما يقول الحنفية ، وسيأتي بيان ذلك فيما بعد . وأيضاً فاذا كانت هذه الآية الكريمة قد يستدل بها على تعجيل الفرقة باسلام أحد الزوجين ، كما يقول ابن حزم ، فإن هذا الاستدلال يعارض بقول الشافعي ، في هذه الآية ، إن السنة قد بينت أن : « مراد الله ، من قوله

---

(١) زاد المعاد طبعة الهند جـ ٢ ص ١٧٨ ـ ١٧٩ .

(٢) زاد المعاد طبعة الهند جـ ٢ ص ١٧٨ .

(٣) زاد المعاد طبعة الهند جـ ٢ ص ١٧٩ .

(٤) ص ٤١٠ من هذه الرسالة .

هذا ، أنه لا يحل بعضهم لبعض إلا أن يسلم الباقي منهما في العدة» [١].

كما يعترض على استدلال ابن حزم بقول ابن القيم : إن « الذي أنزل عليه قوله تعالى : ولا تمسكوا بعصم الكوافر . وقوله تعالى : لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلون لهن ، لم يحكم بتعجيل الفرقة » [٢] .

د ـ والقول بأن إسلام أحد الزوجين من أسباب الفرقة فيجب أن تقع الفرقة حالاً دون توقف على شيء آخر ، قول يصح لو لم ترد نصوص وآثار بعدم تعجيل الفرقة .

ثانياً ـ اعتبار العدة وتوقف الفرقة على مضيها من غير أن يسلم الآخر قول ضعيف أيضاً لما يأتي :

أ ـ لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه راعى مضي العدة في حالة إسلام أحد الزوجين قبل الآخر كما ذكر الإمام ابن القيم [٣] .

ب ـ ما رواه ابن شبرمة في مراعاة العدة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أثر لا يصح [٤] ، فلا يصح الاحتجاج به .

جـ ـ ما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب في قصة إسلام صفوان وعكرمة أثران مرسلان ، وفي العمل بالمرسل اختلاف بين العلماء ، فالجمهور ، ومعهم الظاهرية ، لا يرون الاحتجاج به [٥] . وحتى لو جاز الاحتجاج بالمرسل لما كان في هذين المرسلين حجة ، لأنه ليس فيهما ذكر للعدة وإنما في أحدهما بيان للمدة بين إسلام صفوان وإسلام زوجته وهي نحو من شهر ، وليس في هذا البيان دلالة على أن صفوان لو أسلم بعد هذه المدة لما أقر على نكاحه . ومرسل قصة إسلام عكرمة بن أبي جهل لم يرد فيه حتى بيان المدة بين إسلامه وإسلام زوجته .

(١) تفسير القرطبي جـ ١٨ ص ٦٧ .
(٢) زاد المعاد طبعة الهند جـ ٢ ص ١٧٩ .
(٣) زاد المعاد للامام ابن القيم ، طبعة الهند ، جـ ٢ ص ١٧٨ .
(٤) المرجع المتقدم جـ ٢ ص ١٧٩ .
(٥) الاحكام في أصول الأحكام للامام ابن حزم الظاهري جـ ٢ ص ٢ ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول للشوكاني ص ٥٧ : « لكن محل الخلاف هو المرسل باصطلاح أهل الحديث ، فذهب الجمهور الى ضعفه وعدم قيام الحجة به » .

د ـ القائلون باعتبار العدة ، يقولون : إذا أسلم الزوج الآخر قبل إنقضاء العدة بقي الزوجان على نكاحهما ، وإذا لم يسلم قبل انقضائها وقعت الفرقة بينهما بانقضائها ، مع أن المعهود في الشرع أن العدة إنما تجب بعد وقوع الفرقة لا قبلها .

ثالثاً ـ ما احتج به الحنفية يتوجه عليه ما يأتي :ـ

١ ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه من عرض الاسلام على الزوج الآخر الذي لم يسلم يعارض بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ـ في اليهودية والنصرانية تسلم تحت اليهودي أو النصراني ـ يفرق بينهما [1] . فهذا يدل على أن لا إجماع على ما فعله عمر رضي الله عنه ، كما يدعي الحنفية .

٢ ـ قول الحنفية إن إسلام أحد الزوجين أو كفر المصر أو إختلاف الدين لا يكون واحد من هذه الأمور سبباً للفرقة ، يعترض عليه : بأن اختلاف الدين قد يمنع النكاح إبتداء كما اذا كانت الزوجة مشركة غير كتابية والزوج مسلم ، أو كانت الزوجة مسلمة والزوج غير مسلم ، وعلى هذا يجوز أن يكون اختلاف الدين مانعاً للنكاح بقاءً كما منعه ابتداءً فيصح أن تضاف الفرقة اليه .

رابعاً ـ ما ذهب اليه ابن القيم ، يتوجه عليه أن صحة نكاح المرأة بمن تشاء ، بعد انقضاء عدتها بدون إسلام الزوج ، يفيد أن مضي العدة اعتبر سبباً في وقوع الفرقة وتقررها ، وهذا خلاف ما عهد في الشرع ، لأن العدة في الشرع تجب بعد الفرقة لا قبلها كما ذكرنا .

٣٥٠ ـ القول الراجح :

بعد عرض أقوال الفقهاء المختلفة وأدلتهم وما ورد عليها من اعتراضات وتضعيف يترجح عندي قول الأحناف فهو أدنى للقبول ، لأنه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم تعجيل الفرقة بإسلام أحد

---

(١) المحلى جـ ٧ ص ٣١٤ .

الزوجين ، كما أن اعتبار العدة لإيقاع الفرقة بعد مضيها من دون إسلام الزوج الآخر لا دليل عليه ، فلم يبق إلا عرض الاسلام على الزوج الآخر : فإما أن يسلم فيبقى النكاح ، وإما أن يأبى فيحكم بالفرقة ، لأنه لا يجوز للمسلمة أن تكون في نكاح غير مسلم ، كما لا يجوز للمشركة غير الكتابية أن تكون في نكاح المسلم .

والظاهر أن عرض الاسلام على الزوج الذي لم يسلم ليس له مدة معينة ، وإنما يعرضه القاضي عند نظره في هذه المسألة بعد رفعها اليه أو تدخله فيها من تلقاء نفسه [١] .

ويبقى النكاح على حاله حتى يفرق القاضي بينهما بسبب إباء الإسلام [٢] . والرد على عرض الاسلام بالقبول أو الرفض ليس له مدة محددة إلا المدة المعقولة في مجلس القضاء وحسب المتعارف عليه عند طرح القاضي أي سؤال على أطراف الدعوى طالباً منهم الجواب ، كما جاء في حكم محكمة القاهرة الابتدائية ـ الدائرة ٢٤ للأحوال الشخصية للمصريين ـ الصادر في ١٩٥٦/١/٢٨ : « ... فقد عرضت عليه المحكمة الاسلام فأبى أن يسلم » [٣] . وهذا يعني أن عرض الاسلام من قبل المحكمة كان في مجلس القضاء وفي أثناء رؤية الدعوى ، وأن الرد على هذا العرض كان في مجلس القضاء نفسه ، ولم ينتظر له أكثر من المدة المتعارف عليها عند طرح الأسئلة من قبل المحكمة على أطراف الدعوى للجواب عليها .

ويلاحظ هنا أن الزوجة إذا أسلمت هي ، وكان زوجها صغيراً غير مميز ، فلا يعرض عليه الاسلام حالاً بل يتأخر الى حين بلوغه التمييز . أما اذا كان مجنوناً فقد قالوا : لا ينتظر عقله بل يعرض الإسلام على

---

(١) الابياني جـ ١ ص ١٩٠ .

(٢) الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٤ .

(٣) المجموعة الشاملة في قوانين الأحوال الشخصية ، وضع وترتيب محمد حلمي عبدالعاطي ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ ص ٣١٦ وما بعدها.

أبويه فأيهما أسلم تبعه المجنون . وقالوا في الفرق بينهما : إن عدم التمييز له حد معلوم متى ما تجاوزه الصغير غير المميز صار مميزاً فيمكن الانتظار ، والجنون ليس له نهاية معلومة فلا ينتظر [1] . والذي أراه في هذه المسألة وجوب الانتظار بالنسبة للمجنون أيضاً اذا ما قرر أهل الخبرة بأن جنونه محتمل الشفاء أو لا يطول كثيراً .

٣٥١ ـ نوع الفرقة بسبب اباء الاسلام :

اذا وقعت الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الاسلام ، على النحو الذي فصلناه ، فقد اختلف الفقهاء في نوع هذه الفرقة : فالجمهور كمالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف يرون أنها فرقة فسخ . وأبو حنيفة وصاحبه محمد يقولان إنها فرقة طلاق اذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الاسلام ، وتكون فرقة فسخ اذا أسلم الزوج وأبت الزوجة الاسلام [2] .

احتج الجمهور لمذهبهم بأن الفرقة لم تكن بلفظ الطلاق ونحوه وإنما كانت بحكم الشرع فتكون فرقة فسخ لا طلاق كفرقة الرضاع [3] ، وبأن هذه الفرقة تشترك في سببها الزوجان ويستويان فيه ، لأن الإباء عن الاسلام من كل واحد منهما سبب الفرقة ، والفرقة الحاصلة بإبائها فرقة فسخ لا طلاق ، فكذا بإبائه تكون الفرقة فرقة فسخ لا فرقة طلاق [4] .

أما حجة أبي حنيفة ومحمد ، فهي أن المرأة إذا أسلمت ، وأبى الزوج الاسلام فقد فات الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بإحسان ، فإن طلقها فبها ، وإلا ناب القاضي منابه ، فتكون الفرقة طلاقاً ، لأن القاضي ينوب عنه فيما اليه التفريق به ، والذي اليه هو الطلاق ، فتكون

---

(١) الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٤ .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٤٨ ، شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٢٩ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٩ ـ ٧٠ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٣٥ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٦١٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٥ .

(٤) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٧ .

الفرقة فرقة طلاق لا فسخ كما في حالة التفريق بالجب والعنة . وهذا بخلاف ما لو كان الزوج هو الذي أسلم وأبت الزوجة الإسلام ، فإن القاضي ينوب منابها فيما لها التفريق به ، والذي للمرأة عند قدرتها على الفرقة شرعاً هو الفسخ ، فيكون تفريق القاضي في هذه الحالة فسخاً لأنه نائب عنها فيه [1] .

٣٥٢ ـ حكم خروج أحد الزوجين عن ديانته في الشريعتين المسيحية واليهودية :

تذهب الكنائس جميعاً الى أن خروج أحد الزوجين المسيحيين عن ديانته سبب مشروع للتفريق بين الزوجين . إلا أن الكاثوليك ، وهم لا يأخذون بالتفريق لأي سبب كان ، يجعلون هذا السبب داعياً للتفريق الجسدي بين الزوجين . أما الكنائس الأخرى فتجعله سبباً مشروعاً للتطليق [2] . وعلى هـذا نصت قواعد أحكام الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية في العربية المتحدة ، من ذلك :

المادة ١٨ من قواعد الأحوال الشخصية لطائفة البروتستانت : « لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس العمومي وفي الحالتين الآتيتين : أولا ــ ... ثانياً ــ اذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق » .

---

(١) الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٢ ص ١٧٤ ــ ١٧٥ .
والفرق في الحكم بين ما يعد من فرق الزواج طلاقاً وما يعد فسخاً من وجوه :ــ
أولا ــ ما يعد منها طلاقاً تنحل به الرابطة الزوجية بعد انقضاء العدة في الطلاق الرجعي ، وفوراً اذا كان الطلاق بائناً . وما يعد منها فسخاً تنحل به عقدة النكاح فوراً في اي نوع من انواع الفسخ .
ثانياً ــ ما يعد منها طلاقاً ينتقص به عدد ما يملك الزوج من الطلقات وما يعد فسخاً لا ينتقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج .
ثالثاً ــ الفرقة التي تعد طلاقاً لا تكون الا في زواج صحيح ، اما فرقة الفسخ فتكون في الصحيح وغيره خلافاً للمالكية : فرق الزواج لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٨ ــ ٩ ، الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور .

(٢) حلمي بطرس ص ٢١٨ ــ ٢١٩ .

والمادة ٤٩ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الارثوذكس :
« ينفسخ الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي » [١] .

والمادة ١٤ من لائحة الزواج والطلاق للروم الارثوذكس : « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ارتداد أحد الزوجين عن الديانة المسيحية » .

والمادة ٤٢ من قواعد الأحوال الشخصية للأرمن الارثوذكس :
« يجوز لأحد الزوجين ان يطلب الطلاق اذا ارتد الزوج الآخر عن دينـــه » [٢] .

ومن هذه النصوص ، يتبين أن الفرقة لا تقع بمجرد تحول أحد الزوجين المسيحيين عن ديانته بل لابد من حكم من القضاء بالتفريق بناء على طلب الزوج الآخر . ومعنى هذا أن الزواج يبقى قائماً معتبراً اذا لم يطلب الزوج الآخر التطليق .

وعند اليهود ، كما يظهر ، ارتداد أحد الزوجين عن اليهودية سبب لوقوع الفرقة ، فقد جاء في المادة « ١٧ » من كتاب ابن شمعون عند الكلام عن شروط النكاح : « الدين والمذهب شرط لصحة العقد ، فإذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر فلا يجوز العقد بينهما وإلا كان باطلا » . فالظاهر من هذا أن إتحاد الدين شرط لبقاء النكاح كما هو شرط لإبتدائه . ويؤيد هذا ما جاء في المادة ١٧٨ من كتاب ابن شمعون : « تعد الزوجة مخالفة للشرع اذا ارتدت » . وجاء في المادة ١٧٧ : « وتسقط حقوق الزوجة اذا خالفت الشرع أو الأدب أو زنت » . فالخروج عن الديانة اليهودية يعتبر مخالفاً للشرع ، والمخالفة للشرع

(١) وصياغة المادة توحي بانحلال العقد بمجرد تحول الزوج عن ديانته . ولكن هذا غير صحيح لأن الكنائس المسيحية لا ترى التطليق الا بالالتجاء الى القضاء وصدور حكم به : انظر هامش ١ من ص ٣٤٢ من كتاب نمرً وحبشي السالف الذكر .

(٢) حلمي بطرس ص ٢١٨ — ٢١٩ ، نمرً وحبشي ص ٣٤٢ — ٣٤٤ .

قرنت بالزنى ، والزنى يوجب الطلاق حتماً ، فقد جاء في المادة ١٨٦ من كتاب ابن شمعون : « اذا نظر الرجل إمرأته تزني أو علم من ثقة أو اعتقد زناها حرمت عليه ووجب الطلاق ولا حقوق لها إلا اذا حلفت » .

وفي العراق نصت قواعد السريان الأرثوذكس في المادة الثلاثين على أنه : « لا يتم فسخ عقد الزواج إلا بحكم المحكمة المختصة بناء على الأسباب الآتية بعد طلب أحد الزوجين : ـ ١ .. ، ٢ .. ، ٣ .. ، ٤ ـ خروج أحد الزوجين عن الدين المسيحي وإشتهار أمره بذلك . وفي هذه الحالة يمهل الخارج مدة معقولة تفرضها المحكمة لغرض رجوعه فإذا انقطع الأمل من عودته فلقرينه طلب الفسخ » . وعند اليهود يعتبر خروج الزوج اليهودي عن اليهودية سبباً للطلاق ، ويضيع حق الزوجة في الصداق اذا كانت هي التي ارتدت عن اليهودية . فقد جاء في المادة ١٢٩ من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية في العراق : « إذا اعتنق ديانة أخرى حق لها عليه الطلاق وإستيفاء صداقها ولها أن تطلب الحكم بصداقها حتى قبل الطلاق » . وجاء في المادة ١٧٤ من هذه الأحكام : « يسقط حق الزوجة في صداقها الموثق بخط النكاح اذا خالفت الشرع أو الأدب أو زنت .. » وفي المادة ١٧٥ من هذه الأحكام أيضاً : « تعد الزوجة مخالفة للشرع إذا إرتدت أو ... » .

٣٥٣ ـ ما عليه العمل فى الوقت الحاضر :

ذكرنا حكم الشريعة الاسلامية في إسلام أحد الزوجين غير المسلمين وما يترتب على ذلك . وذكرنا أحكام الشرائع غير الاسلامية من يهودية ومسيحية ، في مسألة خروج أحد الزوجين عن ديانته ، ولكن هـذه الأحكام في الشريعتين اليهودية والمسيحية ليس لها من أثر عملي في العربية المتحدة ، لأن القانون الواجب التطبيق هو المذهب الحنفي ، على أرجح الأقوال فيه ، في جميع حالات خروج أحد الزوجين غير

المسلمين عن ديانته سواء كان هذا الخروج الى الاسلام أو غيره •
وتوضيح ذلك ان أحد الزوجين اذا خرج عن ديانته الى دين آخر يكون قد اختلف مع الزوج الآخر في الملة فتكون الشريعة الاسلامية — طبقاً للمذهب الحنفي — هي الواجبة التطبيق عملاً بالمادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ • فإذا كان الدين الذي انتقل اليه هو الاسلام وكان المنتقل هو الزوج ، والزوجة كتابية ، ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم ، بقي النكاح على حاله • لأن المسلم له أن يتزوج الكتابية إبتداء فلأن يبقى نكاحه أولى • أما إذا كانت الزوجة هي التي انتقلت الى الاسلام فإن المحكمة تعرض الاسلام على زوجها فإن أسلم فبها ويبقى النكاح على حاله ، وإن أبى فرق القاضي بينهما • وبهذا المعنى حكمت محكمة القاهرة الابتدائية — الدائرة ٢٤ — للأحوال الشخصية للمصريين في ٢٨/١/١٩٥٦ وجاء في حكمها : « ومن حيث أنه من المقرر شرعاً أنه فيما يتعلق بزواج غير المسلمين أنه إذا أسلمت الزوجة وحدها عرض الاسلام على زوجها غير المسلم ، فإذا أسلم بقي زواجهما على حاله ما دام الاسلام يقره وإن أبى أن يسلم فرق القاضي بينهما • ومن حيث أنه لما كان المدعى عليه مميزاً فقد عرضت عليه المحكمة الاسلام فأبى أن يسلم ، على النحو الثابت بمحضر جلسة المرافعة ، ولذلك يتعين التفريق والحيلولة بينه وبين المدعية • ومن حيث أنه طبقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة أن تفريق القاضي عند إباء الزوج الاسلام يكون طلاقاً بائناً ، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة حضورياً بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه بطلقة بائنة » (١) •

واذا كان تحول أحد الزوجين عن ديانته الى غير الاسلام فالاختصاص يكون أيضاً للشريعة الاسلامية ، طبقاً للراجح من المذهب

(١) المجموعة الشاملة فى قوانين الاحوال الشخصية ص ٣١٦ وما بعدها .

الحنفي ، كما قلنا ، وهذا المذهب يرى أن لا أثر لهذا التحول في بقاء النكاح [1] •

ويخلص لنا مما تقدم أن تغيير أحد الزوجين غير المسلمين ديانته لا يؤثر في بقاء النكاح في العربية المتحدة ، إلا في حالة واحدة فقط هي : اذا غيرت الزوجة ديانتها الى الاسلام وأبى الزوج أن يسلم بعد عرض الاسلام عليه ، ففي هذه الحالة يفرق بينهما •

٣٥٤ — وقد ذهب بعض الكتاب الى أن تغيير الزوج ديانته الى الاسلام يعطى لزوجته الكتابية الحق في طلب التطليق للضرر ويكون التطليق في هذه الحالة « متفقاً مع أحكام الشريعة الاسلامية التي تجيز للزوجة أن تطلب التطليق إذا كان يلحقها ضرر من الحياة الزوجية » [2] • والحق أن هذا الرأي ضعيف ، لأن مجرد اعتناق الشخص الديانة الاسلامية لا يمكن أن يكون عملاً مضراً ولا يصح أن يكون حجة لأحد لأن يدعي بسببه ضرراً • ومجرد إحساس المرأة بضرر من جراء إسلام زوجها لا ينهض دليلاً على ثبوت الضرر واعتباره سنداً للتفريق ، لأن الضرر لا يبنى على تخيلات الفرد وما يتصوره هو ضرراً ، ولكن يبنى على ثبوت خطأ يقترفه الشخص أو مخالفة منه للقانون ، أو تجاوز لحقه المشروع ، أو سوء استعمال منه لحقه • وليس في إسلام الزوج واحد من هذه الأمور : فهو لم يخطىء إذ اعتنق الاسلام ، ولم يخالف القانون بدخوله في الاسلام ، لأن القانون لا يمنعه من ذلك ، ولم يتجاوز حقه حين أسلم ، فحرية العقيدة مصونة ، وما أساء استعمال حقه لأنه ما تجاوز حدود هذا الاستعمال ، ولأن من حقه أن ينتفع ويتمسك بالأحكام المترتبة على ديانته الجديدة • نعم يحق للزوجة أن تطلب التفريق للضرر إذا قام زوجها — بعد إسلامه — بالتضييق عليها في أمور ديانتها كأن يمنعها من الذهاب الى الكنيسة أو من إقامة شعائرها الدينية •

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٨ •

(٢) نمرّ وحبشي ص ٣٢٨ ، وهامش ١ •

واذن ، لا يصح القول بالتفريق بسبب إسلام الزوج ، بحجة تضرر الزوجة من هذا الاسلام . ولكن اذا لم يصح التفريق للضرر ، فإن بعض المذاهب الاسلامية قال بالتفريق لمعنى آخر هو اختلاف الدين . فعند الزيدية اتحـاد الزوجين في الدين شرط لجواز النكاح وصحته [١] . ومعنى هذا أن النكاح يبطل إذا اختلف الزوجان في الدين . وهذا التفريق عند الزيدية ، تفريق على معنى آخر ، غير معنى الضرر ، هو اختلاف الدين . فإذا قيل بالتفريق إتباعاً للمذهب الزيدي ، عند تحول الزوج غير المسلم الى الاسلام وزوجته كتابية ، يكون قولاً اجتهادياً سائغاً .

٣٥٥ ـ وفي العراق اذا غير أحد الزوجين ديانته الى الاسلام ، فالحكم هو ما قلناه عن المذهب الحنفي ، فيبقى النكاح إذا كان الزوج هو الذي أسلم ولم يكن بينه وبين زوجته الكتابية سبب من أسباب التحريم . وإذا كانت هي التي أسلمت عرض على زوجها الاسلام ، فإن أسلم فهي زوجته ، وإن أبى فرق القاضي بينهما .

واذا كان الزوجان يهوديين أو مسيحيين وغيّر أحدهما ديانته الى غير الاسلام ، فإن أحكام اليهود الدينية أو المسيحية ـ حسب الأحوال ـ هي التي تطبق كما سنبينه فيما بعد . وقد ذكرنا بعض الأحكام الدينية لليهود والسريان الأرذوكس ، المتعلقة بتغيير أحد الزوجين ديانته [٢] .

٣٥٦ ـ ما نقترحه في مسألة تغيير أحد الزوجين غير المسلمين ديانته :

قلنا ان خروج الذمي ، في العربية المتحدة ، عن ديانته لا يترتب عليه حصول التفريق بين الزوجين خلافاً لما تقضي به قواعد الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية في العربية المتحدة ، لأن الشريعة الاسلامية هي التي تحكم أنكحة الذميين عند اختلافهم في الطائفة أو الملة . ولكننا نرى عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية للمواطنين في

(١) فقرة ٣٠٧ ص ٣٥٨ من هذه الرسالة .
(٢) فقرة ٣٥٢ ص ٤١٩ من هذه الرسالة .

العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين ، الأخذ برأي الزيدية في عدم جواز النكاح عند الاختلاف في الدين ، لأنه رأي اجتهادي سائغ في الجملة ويحقق وحدة الأحكام في البلاد ، تلك الوحدة التي نحرص عليها ما دامت لا تخالف اجماعاً ولا نصاً شرعياً قطعياً وتستند الى اجتهادات سائغة شرعاً . فإذا ما قررنا المذهب الزيدي في هذه المسألة فسيكون مقتضاه التفريق بين الزوجين غير المسلمين عند خروج أحدهما عن ديانته .

المبحث السادس

الفرقة باختلاف الدارين

٣٥٧ — اختلاف الدارين ليس من أسباب الفرقة بين الزوجين عند جمهور الفقهاء كالامام أحمد ومالك والشافعي والاوزاعي . وهو من أسباب الفرقة عند الحنفية ، فإذا ما تحقق وقعت الفرقة به بين الزوجين في الحال .

ومعنى اختلاف الدارين ، الذي تتحقق به الفرقة عند الحنفية ، هو أن يكون أحد الزوجين من أهل دار الحرب والآخر من أهل دار الإسلام حقيقة وحكماً ، بالاسلام أو بالذمة ، كأن يخرج أحد الزوجين من دار الحرب الى دار الاسلام مسلماً أو ذمياً ، أو مستأمناً ثم يسلم أو يعقد عقد الذمة ، ويترك زوجه الكافر الآخر في دار الحرب [1] .

٣٥٨ — ادلة الجمهور على عدم وقوع الفرقة باختلاف الدارين :

أولا — قوله تعالى في آية الممتحنة : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن

(١) الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٣٩ — ٥٤٠ ، شرح الكنز للعيني جـ ٢ ص ١٦٤ — ١٦٥ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٨ — ٣٣٩ ، الجصاص جـ ٣ ص ٤٣٩ ، المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٥٠ — ١٥١ ، ١٥٣ ، المغني جـ ٦ ص ٦١٩ ، المبسوط جـ ٥ ص ٥٨ .

مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلون لهنّ » . فهذه الآية الكريمة بينت أن الذي أوجب فرقة المسلمة من زوجها هو إسلامها لا هجرتها ، لأن الله تعالى قال : « لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلون لهنّ » فبين أن العلة هي عــدم الحل بالاسلام وليس باختلاف الدار (١) .

ثانياً — روي أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وتركت زوجها أبا العاص كافراً في مكة ، فردها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن أسلم ، بالنكاح الأول . ولو أن الفرقة وقعت باختلاف الدارين لما ردها اليه إلا بنكاح جديد (٢) .

ثالثاً — أسلمت أم حكيم بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن دون أن يسلم . وأسلمت إمرأة صفوان بن أمية يوم الفتح وخرج زوجها صفوان هارباً من مكة دون أن يسلم . وكذلك غير عكرمة وصفوان أسلموا وأقروا على أنكحتهم ولم تقع الفرقة بينهم وبين أزواجهم مع إختلاف الدين والدار بهم (٣) .

رابعاً — تأثير إختلاف الدارين يظهر في إنقطاع الولاية ، وانقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح ، بدليل أن النكاح يبقى بين أهل العدل وأهل البغي ، والولاية منقطعة بينهما . وكذلك لا تقع الفرقة بين الحربي المستأمن في دار الاسلام وبين زوجته في دار الحرب ، ولا تقع الفرقة بين المسلم المستأمن في دار الحرب وبين زوجته في دار الاسلام مع اختلاف الدار بينهم (٤) .

خامساً — عقد النكاح عقد معاوضة فلا ينفسخ باختلاف الدار

---

(١) تفسير القرطبي جـ ١٨ ص ٦٣ — ٦٤ . والآية في سورة المتحنة جـ ٢٨ : الآية ١٠ .

(٢) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٨ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٦٢٠ .

(٤) الكاساني جـ ٢ص ٣٣٨ ، الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٦ .

كسائر عقود المعارضات كالبيع ونحوه [1] •

٣٥٩ ـ ادلة الحنفية على وقوع الفرقة باختلاف الدارين :

أولا ـ قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هنّ حل لهم ولا هم يحلون لهنّ ، وآتوهم ما انفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكو بعصم الكوافر » • فهذه الآية الكريمة تدل على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدارين من وجوه عديدة :ـ

أ ـ قوله تعالى : « فلا ترجعوهن الى الكفار » دلّ على وقوع الفرقة بين المهاجرة المسلمة التي هاجرت الى دار الاسلام وصارت من أهل هذه الدار وبين زوجها الذي بقي على كفره في دار الحرب ، لأن المنع من إرجاع المهاجرة الى زوجها الكافر في دار الحرب دليل على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار •

ب ـ وقوله تعالى : « لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلون لهنّ » أفاد عدم الحل بين المهاجرات الى دار الاسلام وبين أزواجهن في دار الحرب • وهذا دليل أيضاً على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار ، لأن عدم الحل إنما يكون عند رفع النكاح وزواله •

جـ ـ وقوله تعالى « وآتوهم ما أنفقوا » يدل أيضاً على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار ، لأن الأمر برد مهر المرأة على الزوج دليل على انقطاع النكاح بينهما ، لأن الزوجية لو كانت باقية لما استحق الزوج رد المهر اليه لأنه لا يجوز ان يستحق البضع وبدله •

د ـ وقوله تعالى : « ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن » دل أيضاً على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار لأنه لو

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٦٢٠ •

كان النكاح الأول باقياً لما جاز للمؤمنين نكاح المهاجرات [١] .

هـ ــ وقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ، والمراد بالعصمة هنا النكاح ، والمعنى أن من كانت له إمرأة كافرة بدار الحرب فلا يعتد بها لأنها لم تعد له زوجة ، فقد انقطع النكاح بينهما لاختلاف الدارين [٢] .

ثانيا ــ إن مقاصد النكاح تفوت بسبب اختلاف الدارين ، لأن مع اختلاف الدار لا يتمكن الزوجان من الانتفاع بالنكاح عادة ، فلا تبقى به فائدة فيزول . وهذا لأن أهل دار الحرب كالموتى في حق أهل دار الاسلام ، ولهذا لو التحق بهم المرتد جرت عليه أحكام الموتى ، فلا يشرع النكاح بين الحي والميت [٣] .

٣٦٠ ــ مناقشة الادلة وبيان القول الراجح :

الراجح من القولين هو ما ذهب اليه الأحناف للأسباب التالية :

اولا ــ ما ذهب اليه الامام القرطبي في تفسيره من أن آية الممتحنة دلت على أن علة الفرقة بين الزوجين هي اختلاف الدين لا الدار ، يرد عليه أنه أغفل جانب اختلاف الدارين مع أن الآية الكريمة مسوقة لبيان حكم المؤمنات المهاجرات من دار الحرب الى دار الاسلام مفارقات أزواجهن المشركين في دار الحرب . والحكم الذي جاءت به الآية هو وقوع الفرقة بين المؤمنة المهاجرة الى دار الاسلام وبين زوجها الكافر في دار الحرب ، وحل نكاحها للمسلمين دون توقف على أمر آخر . فدلالة الآية الكريمة على إختلاف الدارين لا يجوز أن يغفل ، وقد ذكر الإمام مالك هذه الدلالة على ما نقله عنه الامام القرطبي نفسه [٤] .

ثانياً ــ احتجاج الجمهور بقصة زينب وردها على زوجها أبي العاص

---

(١) الجصاص جـ ٣ ص ٤٣٨ .
(٢) تفسير القرطبي جـ ١٨ ص ٦٥ .
(٣) الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٦ .
(٤) تفسير القرطبي جـ ١٨ ص ٦٣ ــ ٦٤ .

بالنكاح الأول ، لا حجة لهم فيها لما يأتي :—

أ — روى الإمام أحمد والترمذي وابن ماجة عن طريق عمر بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ردَّ ابنته زينب الى ابي العاص بمهر جديد ونكاح جديد (١) . فهذه الرواية لقصة زينب تعارض الرواية الأخرى لها والتي احتجوا بها وفيها : أن النبي صلى الله عليه وسلم ردَّ ابنته زينب على زوجها أبي العاص بالنكاح الأول .

ب — قصة زينب التي احتجوا بها رويت عن محمد بن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ، قال : ردَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب ابنته على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول ولم يحدث شيئاً (٢) . وهذه الرواية لا يحتج بها لأن أحد الرواة ، وهو محمد بن اسحاق ، مشهور بالتدليس عن الضعفاء والمجهولين كما قال الإمام أحمد بن حنبل والدار قطني وغيرهما (٣) . وداود بن الحصين فيه لين ، وقال عنه ابن المديني : ما رواه عن عكرمة ، فهو منكر (٤) .

جـ — ان قصة زينب التي رويت عن ابن عباس فيها إشكال واضطراب في النقل ، فقد جاءت بروايات أخرى ، منها : أن النبي صلى الله عليه وسلم ردَّها على أبي العاص بعد ست سنين من اسلامها ، وفي رواية أخرى بعد سنتين من اسلامها (٥) .

---

(١) مسند احمد مطبعة الاخوان المسلمين جـ ١٦ ص ٢٠١ ، الترمذي جـ ٥ ص ٨١ — ٨٢ ، ابن ماجة جـ ١ ص ٦٢٠ .

(٢) مسند احمد جـ ١٦ ص ٢٠١ ، ابن ماجة جـ ١ ص ٦١٩ . ومعنى لم يحدث شيئاً اي لم يحدث نكاحاً : نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٦٢ .

(٣) طبقات المدلسين لابن حجر العقلاني : ص ١٩ .

(٤) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٠٩ هامش ٣ .

(٥) ابن ماجة جـ ١ ص ٦١٩ : « ... عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ردَّ ابنته زينب على ابي العاص بن الربيع بعد سنتين بنكاحها الاول » .
وفي مسند احمد جـ ١٦ ص ٢٠١ : « عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ردَّ ابنته زينب على ابي العاص بن الربيع وكان اسلامها قبل اسلامه بست سنين بالنكاح الاول ولم يحدث شهادة ولا صداقاً » .

والمحتجون بقصة زينب لا يأخذون بظاهر هذه الروايات ، لأنهم يقولون بوقوع الفرقة بإسلام أحد الزوجين إذا انقضت العدة دون أن يسلم الزوج الآخر ، والعدة لا تبقى ـ عادة ـ ست سنوات أو سنتين ، كما جاء في بعض روايات هذه القصة . وقد أراد بعضهم أن يوجه هذه الروايات توجيهاً مقبولاً فقال : إن ردّ زينب إنما كان بعد ست سنوات أو بعد سنتين لتطاول العدة بسبب بعض العوارض [١] . ولا يخفى بعد هذا التأويل ، ولهذا قال الترمذي : قال يزيد بن هارون العمل على حديث عمرو بن شعيب وإن كان حديث ابن عباس أصح إسناداً [٢] . وقال ابن عبدالبر : حديث عمرو بن شعيب تعضده الأصول وقد صرح فيه بوقوع عقد جديد ، والأخذ بالصريح أولى من الأخذ بالمحتمل ، ويؤيده مخالفة ابن عباس لما رواه [٣] . وقال غيره إن حديث عمرو بن شعيب هو الذي عليه العمل وإن كان حديث ابن عباس أجود إسناداً ، ولكن لم يقل به أحد من الفقهاء [٤] .

ثالثاً ـ أما اسلام صفوان وعكرمة بعد إسلام زوجتيهما ، وإقرارهما على نكاحهما ، فقد جاء ذلك في مرسلين عن ابن شهاب الزهري . والعمل بالمرسل مختلف فيه بين الفقهاء كما قلنا [٥] . وقد قال ابن حزم فيهما : من أين للمحتج بحديث صفوان وغيره أنهم بقوا على نكاحهم بعد ما أسلموا ولم يجددوا عقداً ؟ وهل جاء ذلك باسناد صحيح متصل الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه عرف ذلك وأقره ؟ [٦] . وكذلك يعارض هذان المرسلان بحديث عمرو بن شعيب السابق الذي فيه ردّ زينب على زوجها بنكاح جديد .

---

(١) الخطابي في شرح سنن ابي داود جـ ٣ ص ١٥٠ ـ ١٥١ .
(٢) سنن ابي داود جـ ٣ ص ١٥٢ .
(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٦٤ .
(٤) المرجع السابق ص ١٦٣ .
(٥) فقرة ٣٤٩ ص ٤١٣ من هذه الرسالة .
(٦) المحلى جـ ٧ ص ٣١٥ .

رابعاً — أما قول الجمهور ، إن تأثير اختلاف الدارين يظهر في انقطاع الولاية ، وهذا لا يوجب انقطاع النكاح ... الخ ، فليس الأمر كما قالوا ، لأن الحنفية لم يقولوا إن وقوع الفرقة بسبب انقطاع الولاية وإنما قالوا إن مقاصد النكاح تفوت بسبب اختلاف الدار فلا تبقى بالنكاح فائدة فيزول .

واستدلال الجمهور بأهل البغي والعدل ليس بصحيح ، لأن أهل البغي ، كأهل العدل ، من أهل دار الاسلام ، ولأنهم يخالطون أهل العدل ، فكان إمكان الانتفاع بالنكاح ثابتاً فيبقى .

وكذلك استدلالهم بالحربي المستأمن في دار الاسلام ، وبالمسلم المستأمن في دار الحرب ، غير وارد هنا ، لأن الحربي المستأمن لم يوجد تباين الدار فيه حكماً لقصده الرجوع الى دار الحرب ، ولهذا يمكّن من الرجوع اليها ، وكذلك المسلم المستأمن في دار الحرب لم يوجد فيه تباين الدار مع زوجته التي في دار الاسلام لأنه من أهل هذه الدار حكماً [1] .

خامساً — قولهم : إن عقد النكاح عقد معارضة فلا ينفسخ باختلاف الدار ، كسائر عقود المعارضات ، قول ضعيف لأنه قياس مع الفارق ، لأن المقصود الأصلي في عقود المعارضات هو المال وهذا لا يتأثر باختلاف الدار كالثمن في عقد البيع ، أما المقصود الأصلي في النكاح فهو إنجاب الذرية وتكوين الأسرة وهذا المقصود لا يتحقق مع اختلاف الدار .

٣٦١ — وإني وإن كنت قد رجحت قول الحنفية ، إلا اني لا أميل الى وقوع الفرقة حالاً كما يقول الأحناف . لأن الآية الكريمة التي احتجوا بها لا تدل دلالة قطعية على وقوع الفرقة فوراً . وإنما تدل على هذا المعنى دلالة ظاهرية فقط . وعليه أرى من المستطاع القول

---

(١) الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٦ ، الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٨ — ٣٣٩ ، الجصاص جـ ٣ ص ٤٣٩ . ومعنى من اهل دار الاسلام حكماً اي من تبعتها وان لم يكن موجوداً فيها حقيقة كما سنبينه في بحث المواريث .

بإن الفرقة لا تقع بين الحربيين إذا جاء أحدهما الى دار الإسلام مسلماً إلا بعد أن تحيض المرأة ثلاث حيض ، قياساً على ما قاله الأحناف أنفسهم من أن الزوجين الحربيين في دار الحرب إذا أسلمت الزوجة فإنها لا تبين منه إلا بمرور ثلاث حيض . وعللوا هذا القول بأن عرض الاسلام على الزوج الآخر يتعذر لعدم الولاية على دار الحرب ، فيقام مقام العرض مرور ثلاث حيض إقامة للشرط مقام السبب لتعذره (١) .

كما اني لا أميل الى قول الأحناف في الذمي في هذه المسألة ، بجعله في الحكم كالمسلم . بمعنى أن أحد الزوجين الحربيين لو جاء الى دار الاسلام ذمياً لما وقعت الفرقة بينهما خلافاً لقول الأحناف (٢) . لأن مستند الحنفية في وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدارين أمران : الأول — دلالة الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات .. الخ » على وقوع الفرقة . والثاني — ما قالوه من فوات مصالح النكاح عند اختلاف الدارين . وكلا الأمرين محل نظر بالنسبة للذمي ، لأن الآية الكريمة أشارت الى أن اختلاف الدارين الناشيء عن اختلاف الدين هو علة الفرقة ، ولم تجعل اختلاف الدارين مطلقاً علة للفرقة ، فلا يصح قياس الذمي على المسلم في هذه المسألة . وأما تعليلهم بفوات مصالح النكاح عند اختلاف الدارين ، فهذا إذا كان صحيحاً فيما مضى ، لتعسر انتقال أحد الزوجين من دار الحرب لملاقاة زوجه الآخر في دار الاسلام ، فإن الإنتقال أصبح سهلاً ميسوراً في الوقت الحاضر . ولكن أرى ، إن كانت الزوجة هي التي صارت ذمية وبقي زوجها حربياً في دار الحرب ، أن يكون للزوجة الحق في طلب التفريق للضرر ، إذا أبى الزوج الإقامة في دار الاسلام عن طريق الدخول في الذمة أو الأمان المؤقت ، لأن من الضرر بالزوجة إبقاء رابطة الزواج وهي في دار الاسلام وزوجها مقيم في دار الحرب .

---

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٥ .

(٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٩ .

٣٦٢ ــ ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العربية المتحدة ، إذا تحقق اختلاف الدار ، بالمعنى الذي قال به الأحناف ، بين الزوجين غير المسلمين بأن كان أحدهما ذمي والآخر حربياً ، أو تحقق اختلاف الدار بين مسلم وزوجته الحربية ، وكان القانون الواجب التطبيق هو الشريعة الاسلامية «المذهب الحنفي» حسبما تشير اليه قواعد الاسناد الوطنية ــ كما سنبينه فيما بعد ــ فإن الفرقة تقع بين الزوجين لأن المذهب الحنفي يأخذ باختلاف الدارين كسبب من أسباب الفرقة كما قلنا . وكذلك الحكم في العراق اذا كان القانون الواجب التطبيق هو المذهب الحنفي كما سنبينه فيما بعد .

المبحث السابع

التفريق

للعيب او لعدم الانفاق او للغيبة او للضرر

٣٦٣ ــ ذكر فقهاء المسلمين حالات يكون فيها للزوجة ــ وفي بعضها للزوج أيضاً ــ الطلب من القضاء التفريق بينهما وحل الرابطة الزوجية ، كما في حالة العيب في أحد الزوجين أو لعدم إنفاق الزوج على زوجته ، أو لغيبته ، أو للضرر الواقع منه عليها [1] .

وهذه الحالات التي نصّ عليها الفقهاء لا يختص بها المسلمون فقط بل تسري على غير المسلمين أيضاً اذا ترافعوا الى القاضي المسلم ووجب الحكم بينهم أو اختار القاضي المسلم الحكم بينهم على النحو الذي سنبينه فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٣٦٤ ــ ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، يخضع الذميون ، في أسباب الفرقة

(١) انظر فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٦٥ وما بعدها .

لأحكام دياناتهم . ومن هذه الأحكام عند الأقباط الأرذوكس أنه يجوز لأحد الزوجين أن يطلب التطليق : (أ) اذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متتالية بحيث لا يعلم مكانه ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم بإثبات غيبته . (ب) اذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق اذا كان قد مضى عليه خمس سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء . أو اذا أصيب الزوج بالعنة وكانت الزوجة في سن يخشى عليها في هذه السن من الفتنة ولم يكن قد مضى على زواجهما خمس سنوات . (جـ) اذا أضر أحد الزوجين بالآخر بأن اعتدى على حياته أو اعتاد إيذاءه إيذاءً جسيماً يعرض صحته للخطر [1] . وعند الروم الأرذوكس يجوز لكل من الزوجين طلب التطليق : إذا غاب الزوج الآخر مدة ثلاث سنوات ، أو إذا أصيب بجنون يخشى منه على حياة الزوج الآخر وثبت انه غير قابل للشفاء وكان قد مضى على الزواج ثلاث سنوات ، أو إذا اعتدى على حياة الزوج الآخر [2] .

وعند اليهود ، يجوز للزوجة أن تطلب من السلطة المختصة الحكم لها بالتطليق في بعض الحالات ، منها : (أ) إذا أصيب الزوج بمرض تستحيل معه الحياة الزوجية ولم يشف في مدة معقولة . (ب) إذا اعتاد إيذاءها بالضرب بدون مسوغ شرعي . (جـ) إذا لم ينفق عليها [3] .

واذا اختلف الذميون في الطائفة أو الملة فإن القانون الواجب التطبيق هو المذهب الحنفي – على أرجح الأقوال فيه – وما صدر من قوانين في التفريق بين الزوجين ، من ذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد جاء في المادة التاسعة منه : « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت فيه عيباً

(١) المواد ٥٠ ، ٥٢ ، ٥٣ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرذوكس .

(٢) المواد ٨ ، ١٠ ، ١١ ، من قواعد الأحوال الشخصية للروم الارذوكس .

(٣) اهاب حسن ص ٢٨٠ – ٢٨١ .

مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والبرص والجذام ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم بـه ، أم حدث بعـد العقد ولم ترض به ... الخ » . كما أجاز هذا القانون التفريق بين الزوجين بسبب عدم إنفاق الزوج على زوجته (١) . والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد نصّ على جواز التفريق للضرر الواقع من الزوج على زوجته ، أو لغيبة الزوج أو حبسه (٢) .

وفي العراق ، يخضع اليهود والمسيحيون في أسباب الفرقة لأحكام دياناتهم . ومن هذه الأحكام ، عند اليهود ، أن الزوج « إذا أصيب بالجذام وكان الجماع مضراً به اجبر على طلاقها ودفع صداقها ولا عبرة برضا الزوجة أو علمها بمرضه قبل الزواج بل يحكم بفراقها قسراً » (٣) ، وان الزوج « اذا اعتاد أن يخاصمها ويطردها من بيته عد ناشزاً وحكم عليه بطلاقها » (٤) . وعند السريان الأرثوذكس « يحكم بالفراق مع بقاء الرابطة الزوجية في الحالات الآتية : ـ ١ ـ اذا تحقق للمحكمة تعمد أحد الزوجين الاضرار بالآخر ... ٣ ـ إذا اتفق أحد الزوجين على الإضرار بحياة الآخر أو سكت عن أمر يضر بحياته مع علمه به ... ٥ ـ وللمحكمة أيضاً أن تحكم بالفراق عند ما تجد ذلك ضرورياً لأسباب طارئة قهرية وفقاً للشرع الكنيسي » (٥) .

---

(١) المواد من ٤ ـ ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(٢) المواد من ٦ ـ ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٣) المادة ١٦٠ من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية في العراق .

(٤) المادة ١٦٥ من الأحكام السالفة الذكر .

(٥) المادة ٣١ من الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الارثوذكس .

الفصل الثالث

العدة

تمهيد :

٣٦٥ ـ العدة في الشرع : مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب من أسباب الفرقة ، سواء أكانت فرقة في نكاح صحيح حدث فيه دخول ، أو ما يقوم مقامه من خلوة ، أم فرقة في نكاح فاسد حدث فيه دخول ، أم فرقة بعد وطء بشبهة ، فيمتنع على المرأة أن تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها (١) .

والأصل في وجوبها الكتاب والسنة والاجماع ، فمن الكتاب قوله تعالى : «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» . ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « إعتدي في بيت ابن أم مكتوم » وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة (٢) .

والحكمة من تشريعها التأكد من براءة الرحم وإظهار الحزن والأسف على الفراق وتهيئة فرصة للزوج يتمكن فيها من التروي ومراجعة زوجته إن كانت العدة في طلاق رجعي كما هو الأصل في الطلاق ، والتنويه بعظم شأن الزواج فلا ينتهي إلا بعد انتظار وترو فيه ومراجعة (٣) .

وسبب وجوب العدة حصول الفرقة بين الرجل والمرأة بطلاق أو غيره اذا كان بعد الدخول ، أو بعد الخلوة الصحيحة في النكاح

---

(١) فرق الزواج لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٣٢٧ ــ ٣٢٨ .

(٢) المغني جـ ٧ ص ٤٤٨ ، والآية في سورة البقرة جـ ٢ : الآية ٢٢٨ ، وحديث فاطمة بنت قيس رواه : ابن ماجة جـ ١ ص ٦٢٧ ، والنسائي جـ ٦ ص ٢٠٨ .

(٣) المغني جـ ٧ ص ٤٤٨ ، فرق الزواج لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٣٢٨ ، الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٠٩ ــ ٢١٠ .

الصحيح [١] ولا يشترط الدخول لثبوت العدة اذا كانت الفرقة بسبب الوفاة ، فتجب العدة في فرقة الوفاة سواء دخل بها أو لم يدخل لأنها تجب لإظهار الحزن بفوت نعمة النكاح الصحيح وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين مدخول بها وغير مدخول بها [٢] .

ولا تجب العدة على المطلقة قبل ان يمسها زوجها لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا » ، ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها هنا فلا تجب العدة ، وعلى هذا إجماع العلماء [٣] .

٣٦٦ — عدة الذمية أو المستأمنة من مسلم [٤] : —

صرح الحنابلة والشافعية والمالكية بوجوب العدة على الذمية اذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها المسلم بطلاق أو بموت أو بغير ذلك من أسباب الفرقة . وعدتها عدة المسلمة ، ويجب عليها فيها ما يجب على المسلمة في العدة كالإحداد على زوجها المتوفى وغير ذلك من أحكام العدة . والدليل على ذلك غموم الآيات القاضية بوجوب العدة على المرأة اذا فارقت زوجها [٥] .

والحنفية وإن اختلفوا في عدة الذمية من ذمي ، إلا أنهم اتفقوا على وجوب العدة على الذمية اذا كانت زوجة مسلم وتحقق سبب وجوب

---

(١) الكاساني جـ ٣ ص ١٩٢ ، المغني جـ ٧ ص ٤٤٩ ، الهداية جـ ٣ ص ٢٦٩ — ٢٧٠ .

(٢) الكاساني جـ ٣ ص ١٩٢ ، المهذب جـ ٢ ص ١٥٥ ، المغني جـ ٧ ص ٤٤٩ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٣ ، المغني جـ ٧ ص ٤٤٨ ، المهذب جـ ٢ ص ١٥٢ ، والآية في سورة الأحزاب جـ ٢٢ : الآية ٤٩ .

(٤) المستأمنة اذا تزوجت مسلماً او ذمياً صارت ذمية : المبسوط جـ ٥ ص ٥٣ .

(٥) الأم جـ ٥ ص ١٩٧ — ١٩٨ ، ٢٠٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٥٩ المغني جـ ٧ ص ٤٤٨ ، ٥١٧ ، المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١١٦ .

العدة كأن طلقها أو مات عنها . ولا خلاف في هذا عندهم سواء أكانت حاملاً أم حائلاً ، وسواء اعتقدت وجوب العدة أو لم تعتقده . ويعللون ذلك بأن العدة وإن كان وجوبها لحق الله تعالى إلا أن فيها حق الزوج لقوله تعالى : « فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » . والزوج ، وهو مسلم ، يعتقد وجوب الاعتداد من نكاحه ، والذمية مخاطبة بحقوق العباد فتجب عليها العدة وتجبر عليها لأجل حق الزوج ، ولحق الولد أيضاً إن كانت حاملاً ، لأنها من أهل إيفاء حقوق العباد [١] . وعدتها كعدة المسلمة [٢] ، إلا أنه لا يجب عليها الاحداد على زوجها في عدة الوفاة ، لأن الإحداد عبادة بدنية فلا تجب على الكافرة كسائر العبادات من الصوم والصلاة وغيرهما ، بخلاف وجوب العدة عليها ، لانها اسم لمضي زمان وهذا لا يختلف بالاسلام والكفر [٣] . ولكن لو أسلمت في عدة الوفاة لزمها الإحداد فيما بقي من العدة [٤] . ولها عند الأحناف أن تخرج من بيت العدة لأن السكنى والقرار في العدة من حق الله تعالى من وجه ، فتكون عبادة من هذا الوجه ، والكفار لا يخاطبون بشرائع هي عبادات ، إلا إذا منعها الزوج من الخروج ، لتحصين مائه ، فله ذلك ، ولأن له حقاً في العدة ، فعليها أن تمتنع من الخروج من بيت العـدة [٥] .

٣٦٧ — عدة الذمية أو المستامنة من ذمي أو مستامن :

صرح الشافعية والحنابلة وصاحبا أبي حنيفة ، أبو يوسف ومحمد ، بوجوب العدة على الذمية أو المستأمنة إذا فارقها زوجها غير المسلم بطلاق أو غيره . وعدتها عدة المسلمة لعموم الأدلة القاضية بوجوب

(١) الكاساني جـ ٣ ص ١٩١ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٨٤٥ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٢٨٩ .
(٢) الكاساني جـ ٣ ص ١٩١ ، ١٩٢ ، رد المحتار جـ ٢ ص ٨٤٥ .
(٣) الكاساني جـ ٣ ص ٢٠٩ ، الدر المختار جـ ٢ ص ٨٥٠ .
(٤) رد المحتار جـ ٢ ص ٨٥٠ .
(٥) الكاساني جـ ٣ ص ٢٠٨ .

العدة على المرأة اذا فارقها زوجها [1] •

وعند أبي حنيفة لا تجب العدة على الذمية إذا كانت تحت ذمي وطلقها أو مات عنها ولم تكن حاملاً ، إذا كان ذلك كذلك في دينهم أي اذا كان معتقدهم عدم وجوب العدة • حتى لو تزوجها مسلم أو ذمي في فور طلاقها جاز النكاح ، وروي عنه أنه لا يطؤها حتى يستبرئها بحيضة ، كما روي عنه انه لا يتزوجها إلا بعد الاستبراء • وحجة أبي حنيفة هي أن العدة لو وجبت عليها ، لكان وجوبها : إما لحق الله تعالى ، وإما لحق الزوج • ولا سبيل الى إيجابها حقاً للزوج ، لأن الزوج لا يعتقدها حقاً لنفسه • ولا وجه الى إيجابها حقاً لله تعالى لأن العدة فيها معنى القربة والعبادة ، والكافرة غير مخاطبة بالعبادات •

أما اذا كانت الزوجة حاملاً ، فقد قال أبو حنيفة : تعتبر بوضع حملها فلا يباح لها التزوج قبل ذلك ، لأن وطء الزوج الثاني لها يوجب اشتباه النسب ، وحفظ النسب حق الولد ، فلا يجوز إبطال حقه • وإستيفاء حقه هذا إنما يكون بالإمتناع عن التزوج [2] •

٣٦٨ — والراجح هو ما ذهب اليه الجمهور ، لأن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى لم يوجب العدة على غير المسلمة إذا لم تكن حاملاً ، مع أنه لا يمكن أن يعرف أن المرأة غير حامل إلا بلزوم العدة عليها ، اللهم إلا إذا كانت الزوجة صغيرة لا يجامع مثلها ولا يتصور الحمل منها • ثم أن في العدة ناحية مادية هي المحافظة على الرحم وحفظ الأنساب وعدم اختلاطها ، وهذه المعاني تستلزم إيجاب العدة على غير المسلمة • وأيضاً فإن العدة تعتبر من النظام العام فلا يصح التساهل فيها ويلزم القول بوجوبها على كل امرأة فارقت زوجها وهي في دار

---

(١) الأم جـ ٥ ص ١٩٧ — ١٩٨ ، ٢٢٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٥٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٢٢١ ، الكاساني جـ ٣ ص ١٩١ .

(٢) الكاساني جـ ٣ ص ١٩١ ، الدر المختار جـ ٢ ص ٨٤٥ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٢٨٩ ، الزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٣ ص ٣٤ .

الاسلام ولو لم تعتقد وجوبها .

وقد جرى القضاء الشرعي ، في العربية المتحدة ، قبل إلغاء المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، في أحكامه على الأخذ بمذهب أبي حنيفة من أن الذمية لا عدة عليها . من ذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية ، فقد جاء فيه : « ومن حيث أن المنصوص عليه أن طلاق الذمي لزوجته الذمية يقع فتبين لا الى عـدة متى كانت غير حامل ... » [١] .

والواقع أن هذا الحكم معيب ، لأن قول أبي حنيفة بعدم وجوب العدة على الذمية مقيد بعدم اعتقاد الذميين وجوب العدة عند الفرقة ، فإذا دانوا بها فينبغي أن يكون قوله كقول الصاحبين في وجوبها . يؤيد قولنا هذا ما ذكره صاحب فتح القدير عند قول الهداية : « واذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه ، وهذا عند أبي حنيفة » ، قال صاحب فتح القدير ، تعليقاً على هذا القول : « ... إن نفي أبي حنيفة العدة هنا إنما هو فيما اذا كانوا لا يعتقدونها ، ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ألا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام » [٢] ، فهذا القول ، وإن ذكره صاحب فتح القدير عند الكلام عن زواج غير المسلم في العدة ، إلا أنه يصح الاستدلال به في مسألتنا ، لأن قول أبي حنيفة بعدم وجوب العدة على الذمية مبناه اعتقادهم عدم وجوبها ، فإذا اعتقدوها وجبت العدة عند الفرقة وامتنع النكاح فيها . وفي شرح الكنز للزيلعي : « ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد وكذا اذا مات عنها زوجها الذمي ، وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم

---

(١) حكم محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية الصادر في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والمنشور في مجلة المحاماة الشرعية ، مجلد السنة السادسة والعشرين ص ١١١ وما بعدها .

(٢) الهداية وفتح اقدير ، الطبعة الاولى سنة ١٣١٥ هـ ، بمطبعة بولاق، جـ ٢ ، ص ٥٠٢ من الهداية ، و ص ٥٠٤ من فتح القدير .

وهو قول أبي حنيفة » [1] . وحيث أن الطوائف المسيحية واليهودية في الوقت الحاضر ، تدين بوجوب العدة عند الفرقة ، وتراها أيضاً مانعاً من موانع الزواج كما ذكرنا [2] ، فيقتضي أن يكون مذهب أبي حنيفة وجوبها على الذمية كمذهب الصاحبين ، ويلزم الحكم بها في المحاكم .

٣٦٩ ـ ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة وفي العراق يخضع الذميون لشرائعهم في قضايا العدة ، وقد ذكرنا انهم يدينون بها ويوجبونها على الزوجة عند الفرقة ويعتبرونها من موانع الزواج . ولكن اذا اختلف الزوجان في الطائفة أو الملة فإن الفقه الحنفي هو الذي يطبق ، في العربية المتحدة ، والعدة لا يوجبها أبو حنيفة ، وبقوله تأخذ المحاكم وقد بينا ما فيه . .

وفي العراق تحكم ديانة الذميين موضوع العدة ، وهي واجبة عند اليهود والمسيحيين كما قلنا من قبل .

وتجب العدة علي الذمية من مسلم في جميع الأحوال في العربية المتحدة وفي العراق ، لأن الشريعة الاسلامية هي التي تحكم موضوع العدة في هذه الحالة .

---

(١) شرح الكنز للزيلعي جـ ٣ ص ٣٤ .

(٢) فقرة ٣١٥ ص ٣٦٧ ـ ٣٧٠ من هذه الرسالة .

الفصل الرابع

ثبوت النسب

تمهيـــد :

٣٧٠ ــ من ثمرات النكاح إنجاب الأولاد إبقاء على نوع الانسان ، وهذا هو الغرض الأصلي من تشريع الزواج في الاسلام . وللأولاد حقوق مقررة في الشرع ، منها ثبوت نسب الولد من أبيه . والنسب يثبت بالفراش ، أو الاقرار ، أو البينة .

اولا ــ ثبوت النسب بالفراش :

ويراد بالفراش هنا ، الزوجية القائمة حين الحمل ، فإذا كانت الزوجية صحيحة وقائمة فعلاً ، فإن القاعدة هي ثبوت نسب الولد من الزوج ما دامت الزوجة جاءت به لأقل مدة الحمل من حين العقد [١] ، اذا أمكن تصور كونه من الزوج بأن كان بالغاً أو مراهقاً . أما تصور إمكان الدخول فليس بشرط عند الأحناف ، وهو شرط عند الجمهور . وقال الشيعة الامامية لا يكفي إمكان الدخول بل لابد من الدخول لحساب أقل مدة الحمل [٢] . وقول الجمهور باشتراط إمكان الدخول هو الصحيح ، لأن النسب في الأصل مبني على الدخول حقيقة ولكن جعل عقد النكاح الصحيح سببه الظاهر ، لأن الدخول أمر باطن فأقيم

---

(١) وهي ستة أشهر . وقال الشيعة الامامية هي ستة اشهر من حين الوطء : المغني جـ ٧ ص ٤٧٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣١٦ ــ ٣١٧ ، المختصر النافع ص ٢١٦ .

(٢) احكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٦٢ ــ ٣٦٣ ، المختصر النافع ص ٢١٦ .

مقامه عقد النكاح في إثبات النسب [١] ، فإذا ثبت يقيناً عدم الدخول لاستحالة تصور إمكانه ، فلا معنى للتشبث بما جعل قرينة عليه . وبرأي الجمهور أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في العربية المتحدة ، فقد جاء في مادته الخامسة عشرة : « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب بولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد

وإذا كان النكاح فاسداً فلا حكم له قبل الدخول ، وأما بعده فتتعلق به أحكام ، منها ثبوت النسب [٢] . والقاعدة في هذا النكاح هي : إذا جاءت المرأة به لتمام ستة أشهر فأكثر من وقت الدخول ثبت النسب عند الأحناف ، وعند مالك والشافعي وأحمد من وقت العقد . وإن ولدت به لأقل من ذلك لم يثبت النسب للتأكد من انها حملت به من غيره . وإذا فرق بينهما أو تفارقا من أنفسهما ثم جاءت بولد ، فالشرط لثبوت نسبه أن يأتي قبل مضي سنتين من وقت الفرقة ولستة أشهر فأكثر من حين الدخول [٣] .

والقاعدة في ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ثبوت نسبه اذا جاءت به لسنتين فأقل وهذا عند الأحناف [٤] ، ولا يختلف الحكم عند غيرهم ما دام الولد قد ولد في حدود أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣١ .

(٢) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣٥ .

(٣) الكاساني جـ ٣ ص ٢١١ ، النسب وآثاره للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٣ وما بعدها ، الابياني جـ ٢ ص ١٤ وما بعدها .

(٤) هذه هي القاعدة وهناك تفاصيل فيها ، أنظر الابياني جـ ٢ ص ١٨ وما بعدها .

أو الوفاة [1] .

ثانياً ــ ثبوت النسب بالاقرار او البينة :

يثبت النسب بالإقرار وهو نوعان : الأول ــ إقرار ليس فيه حمل النسب على الغير وإنما فيه ثبوت نسب المقر له من المقر إبتداء ثم يتعداه الى غيره كإقرار شخص بأن فلان إبنه . والثاني ــ إقرار فيه حمل النسب على الغير كإقرار إنسان أن فلاناً أخوه . فإن فيه حمل نسب المقر له على أبي المقر .

ويشترط لصحة النوع الأول من الإقرار أن يكون المقر له بالنسب مجهول النسب وأن يكون ممكناً أن يولد مثله لمثل المقر ، وان يصدقه المقر له على إقراره ، وهذا إن كان مميزاً وإلا فلا يشترط . اما النوع الثاني من الإقرار فيشترط لصحته أن يصدقه من حمل النسب عليه . وكما يثبت النسب بالاقرار يثبت أيضاً بالبينة الشرعية المعتبرة وهي

---

(١) النسب وآثاره ص ٢٠ . ويرى غير الحنفية أن اقصى مدة الحمل تتجاوز السنتين ، حتى أن الحنابلة اوصلوها الى اربع سنوات وبه قال الشافعي وهو مشهور مذهب مالك . والظاهرية جعلوها تسعة اشهر والشيعة عشرة اشهر : المغني جـ ٧ ص ٤٧٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣١٦ ، المختصر النافع ص ٢١٦ .

والواقع ان اقصى مدة الحمل لم يرد فيها اثر صحيح ، وانما صار الفقهاء الى هذه المدد بناء على ما سمعوه ، فليس ما قالوه حجة شرعية ، ولهذا ينبغي الرجوع الى اهل الخبرة ، وهذا ما فعله المشرع المصري عند تقنين المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فقد جاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة : « ولما كان راي الفقهاء في ثبوت النسب مبنياً على رايهم في اقصى مدة الحمل ولم يبن اغلبهم رايه ذلك الا على اخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين ، والبعض الآخر كأبي حنيفة بنى رايه في ذلك على اثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن اقصى مدة الحمل سنتان ، وليس في اقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة ، فلم تر الوزارة مانعاً من اخذ راي الأطباء في المدة التي يمكثها الحمل . فأفاد الطبيب الشرعي بانه يرى أنه عند التشريع يعتبر اقصى مدة الحمــل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الاحوال النادرة » .

شهادة رجلين أو رجل وامرأتين (١) .

٣٧١ — ثبوت النسب بالنسبة لغير المسلمين :

قلنا إن أنكحة غير المسلمين صحيحة ويتعلق بها أحكام النكاح الصحيح (٢) . ومن جملة هذه الأحكام ثبوت النسب (٣) ، وقد صرح الامام ابن عابدين بهذا فقال : « تثبت بقية أحكام النكاح في حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة ووقوع الطلاق ونحوهما كعدة ونسب» (٤) .

وحتى على رأي من اعتبر أنكحة غير المسلمين فاسدة ، فإن النسب يثبت فيها اذا حصل فيها وطء وجاءت الزوجة بولد . لأن مبنى ثبوت النسب بالنكاح إعتقاد الزوج صحته وإن كان في نفس الأمر باطلاً ، وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية : « فإن المسلمين متفقون على أن كل نكاح اعتقد الزوج أنه نكاح سائغ اذا وطيء فيه فإنه يلحقه فيه ولده وإن كان ذلك النكاح باطلاً في نفس الأمر ، سواء كان الناكح كافراً أو مسلماً . واليهودي إذا تزوج بنت أخيه كان ولده منها يلحقه نسبه ويرثه باتفاق المسلمين ، وإن كان ذلك النكاح باطلاً باتفاق المسلمين » (٥) . ويعزز الامام ابن تيمية قوله هذا بعمل الرسول صلى الله عليه وسلم ، فيقول : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفاءه الراشدين وسائر أئمة الدين الحقوا أولاد الجاهلية بآبائهم وإن كانت محرمة بالإجماع ولم يشترطوا في لحوق النسب أن يكون النكاح جائزاً في شرع المسلمين » (٦) .

---

(١) المغني جـ ٥ ص ١٨٤ وما بعدها ، الكاساني جـ ٦ ص ١٩٨ وما بعدها ، الابياني جـ ٢ ص ٢٤ وما بعدها ، النسب وآثاره ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٦٣٧ .

(٣) الكاساني جـ ٢ ص ٣٣١ .

(٤) رد المحتار ، مطبعة بولاق ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٢٣ هـ جـ ٢ ص ٣٩٥ .

(٥) فتاوى ابن تيمية جـ ٢ ص ٨٩ .

(٦) فتاوى ابن تيمية جـ ٢ ص ٩٠ .

فأنكحة غير المسلمين يثبت بها النسب بلا خلاف بين المسلمين ٠

وعلى هذا فإن ما قاله الفقهاء عن أقل مدة الحمل وأقصاها ، والمدة التي اذا جاء الولد خلالها ثبت نسبه فيها ، سواء حين قيام الحالة الزوجية ، أو بعد الفرقة ، كل هذا يثبت في حق غير المسلمين حسب الحكم الفقهي الاسلامي ، لأن هذه المدد مبنية على إمكان تصور علوق الزوجة من زوجها وبقاء الحمل هذه المدة ٠ فهي ، اذن ، لا تختلف باختلاف الدين بل تثبت بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين لأنها من الأمور الطبيعية التي تسري على كل حمل ولا علاقة لها بالدين ٠

٣٧٢ ــ وكما يثبت النسب بالنكاح بالنسبة لغير المسلمين ، يثبت أيضاً بالإقرار وبالبينة الشرعية ، على النحو الذي ذكرناه في التمهيد ٠ لأن قواعد الاقرار أو البينة ليس فيهما ما يقتضي تخصيصهما بالمسلمين دون غيرهم ٠ فهي إذن ، تشمل المسلمين وغير المسلمين ، وبهذا صرح غير واحد من الفقهاء ، ففي المغني لابن قدامة : « إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث ، وإن كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث ، وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً » (١) ٠

وفي البدائع للكاساني : « إذا أدعى الذمي نسب لقيط ثبت النسب منه ، ويبقى الصغير مسلماً إلا إذا أثبت الذمي نسبه منه بالبينة فيتبعه في الدين » (٢) ٠

٣٧٣ ــ ثبوت النسب عند المسيحيين واليهود :

يثبت النسب عندهم بما يثبت عند المسلمين ، فيثبت بالفراش وبالإقرار وبالبينة ٠ فقد جاء في قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس في المادة ٨٢ : « أقل الحمل ستة أشهر وأكثرها عشرة أشهر بحساب الشهر ٣٠ يوماً » ونصت المادة ٨٣ على انه « إذا ولدت الزوجة

---

(١) المغني جـ ٥ ص ١٨٥ ٠

(٢) الكاساني جـ ٦ ص ٢٥٢ ، المبسوط جـ ١٧ ص ١٢٦ وما بعدها ٠

ولداً في تمام الستة أشهر فصاعداً ثبت نسبه للزوج » [١] . وجاء في الإرادة الرسولية للكاثوليك في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ : « يقدر الأولاد شرعيين اذا ولدوا بعد مائة وثمانين يوماً على الأقل من تاريخ عقد الزواج أو ثلاثمائة يوماً على الأكثر من تاريخ إنحلال المعيشة الزوجية » [٢] .

وعند الاسرائيليين ، كما جاء في المادة ٢٨٩ من كتاب ابن شمعون ، « أقل مدة الحمل سبعة أشهر وغالبها تسعة وأقصاها سنة » . ومعنى هذا أن الزوجة اذا جاءت بولد لأقل من سبعة أشهر من تاريخ العقد لم يثبت نسبه من الزوج ، واذا جاءت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة لم يثبت نسبه منه أيضاً .

ويثبت النسب أيضاً بالإقرار وبالبينة ، فقد نصت المادة ٩٧ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس : « إقرار الأب بالبنوة دون إقرار الأم لا تأثير له إلا على الأب والعكس بالعكس » . إلا أنه يشترط لصحة الاقرار الذي يثبت فيه نسب المقر له من المقر إبتداء ، جملة شروط أولها — أن يكون المقر له مجهول النسب . وثانيها — أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر ، بمعنى ألا يكون الظاهر يكذب هذا الأخير كأن يكون المقر والمقر له متساوين في السن ، وعلى هذا نصت المادة ٩٥ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس فقد جاء فيها : « إذا أقر الرشيد العاقل ببنوة مجهول النسب وكان في سنه بحيث يولد مثله لمثله يثبت نسبه منه وتلزمه نفقته وتربيته » . والشرط الثالث أن يصادق المقر له المقر إن كان أهلا للمصادقة فإن لم يكن

---

(١) ويجوز للزوج نفي نسب الولد اذا كان يستحيل عليه ماديا الاتصال بزوجته في مدة الحمل ، وعلى هذا نصت المادة ٨٤ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الارثوذكس : « ومع ذلك يكون للزوج أن ينفي الولد اذا اثبت انه في الفترة بين اليوم السابق على الولادة بعشرة أشهر واليوم السابق عليها بستة أشهر كان يستحيل عليه ماديا ان يتصل بزوجته ... الخ » .

(٢) نمر وحبشي ص ٢٦٧ — ٢٦٨ .

مميزاً فإنه يعتبر في حكم المصادق لأن من مصلحته أن يكون ثابت النسب . وعلى هذا نصت المادة ٩٦ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس [1] . وأما في الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير كالاقرار لفلان بالأخوة ، فلا يثبت به النسب على من حمل عليه إلا أن يصادق هذا الأخير المقر [2] .

ويأخذ اليهود أيضاً بالإقرار فقد جاء في كتاب ابن شمعون في المادة ٣٠٣ : « اذا أقر انسان ببنوة أو أخوة أو عمومة أو ما أشبه ووافقه المقر له نفذ الإقرار شرعاً » .

وكما يثبت النسب بالإقرار يثبت بالبينة أيضاً ، ومن البينة عند الأقباط الأرثوذكس ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة المائة من قواعد أحوالهم الشخصية فقد جاء فيها : « يجوز الحكم بثبوت النسب في حالة ثبوت وجود خطابات أو محررات أخرى صادرة من الأب المدعى عليه تتضمن اعترافاً بالأبوة اعترافاً صريحاً » [3] .

٣٧٤ ـ ما عليه العمل الآن :ـ

في العربيـة المتحدة ، تطبق على مسائل ثبوت النسب بالنسبة للذميين ، المتحدي الطائفة والملة ، أحكام شرائعهم الدينية التي ذكرنا بعضها في الفقرة السابقة . وعند اختلافهم في الطائفة أو الملة يطبق المذهب الحنفي ، على أرجح الأقوال فيه ، وما صدر من تقنينات بشأن ثبوت النسب ، من ذلك ما جاء في المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ : « لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها

---

(١) المادة ٩٦ نصت على انه : « اذا ادعى مجهول النسب على رجل بالأبوة او على امراة بالأمومة وكان يولد مثله لمثل المدعي عليه وصدقه هذا الأخير فقد ثبتت أبوتهما له ، ويكون عليه ما للأبوين من الحقوق ، وله عليهما ما للأبناء من النفقة والحضانة والتربية » .

(٢) نمر وحشي ص ٢٦٩ — ٢٧٠ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٧٠ .

وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة وقت الطلاق أو الوفاة » .

وفي العراق نصت المادة الحادية والخمسون من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على ما يأتي : ــ ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين :ــ

١ ــ أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

٢ ــ أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً .

فهذه المادة اشترطت لثبوت النسب بالفراش مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج . ولم تبين صفة هذا العقد من كونه صحيحاً أو فاسداً ، ولهذا يمكن حمله على الاثنين . كما أنها لم تبين أقل مدة الحمل ، فينبغي حمله على ما هو المقرر في الفقه الحنفي وغيره ، من أن أقل مدة الحمل ستة أشهر . واشترطت المادة أيضاً إمكان التلاقي بين الزوجين وهذا ما اشترطه الفقهاء من غير الحنفية ، وهو الراجح .

ونصت المادة الثانية والخمسون في الفقرة الأولى منها ، والمادة الثالثة والخمسون من القانون العراقي المذكور ، على ثبوت النسب بالإقرار ، فقالت الأولى : « الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله » . وقالت الثانية : « إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب اذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله » .

فهذه الأحكام التي تضمنها قانون الأحوال الشخصية العراقي تسري على جميع العراقيين من مسلمين وغير مسلمين عملاً بالمادة الثانية منه ، إذ جاء في فقرتها الأولى : « تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني بقانون خاص » . ومسائل النسب لم تستثن بقانون خاص ، فتسري على الجميع .

٣٧٥ ـ ما نقترحه في مسألة ثبوت النسب :

من عرض الأحكام المقررة في ثبوت النسب ، في الفقه الاسلامي وفي شرائع غير المسلمين من يهود ومسيحيين ، تبين لنا أن هذه الأحكام متشابهة فيما بينها الى حد كبير ، ولهذا أرى تقنين الأحكام الخاصة بمسائل ثبوت النسب والمقررة في الشريعة الاسلامية ـ بعد اختيارها من مختلف المذاهب الاسلامية ـ وجعلها قانوناً عاماً بالنسبة الى جميع المواطنين في الجمهورية العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين .

الفصل الخامس

الولاية على النفس والمال

تمهيـــــد :

٣٧٦ ــ الولاية في الشريعة الاسلامية سلطة شرعية على النفس أو على المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعاً . وتثبت للانسان في نفسه وفي ماله ، كما قد تثبت له في مال غيره أو على نفسه [١] . والولاية في مال الغير أو على نفسه هي التي نريدها في بحثنا هذا .

والولاية على النفس ، بمعناها العام ، تتضمن ضروباً عديدة من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة وهي ولاية ضم الصغير في سن معينة والقيام على شؤونه فيها من تربيته وتأديب ــ وولاية ضمه بعد هذه السن الى من له الولاية على النفس لإتمام تربيته وتوجيهه ، وولاية تزويجه [٢] . وضم الصغير الى من له الولاية على النفس يسمى حضانة أيضاً عند الفقهاء كما سنذكره .

والولاية على مال الغير تثبت بسبب من أسباب هذه الولاية كصغر المولى عليه أو جنونه وغير ذلك من أسباب الولاية الماليــة على الغير .

وعلى هذا اقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول ــ للكلام عن الحضانة ، كضرب من ضروب الولاية على النفس ، بالنسبة للذميين والمستأمنين . أما ولاية التزويج بالنسبه لهم فقد تكلمنا عنها عند الكلام عن النكاح بينهم وبين المسلمين [٣] .

المبحث الثاني ــ للكلام عن الولاية على المال .

---

(١) النيابة عن الغير في التصرف لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٧ .
(٢) المرجع المتقدم ص ٩ .
(٣) فقرة ٣٠٠ ، ص ٣٤٨ ــ ٣٤٩ من هذه الرسالة .

المبحث الأول

الحضـــانة

تمهيـــــد :

٣٧٧ ــ الحضانة شرعاً هي تربية الولد ممن له حق الحضانة [١] .
وبيــان ذلك : أن الطفل يحتاج ــ منــذ ولادته ــ الى من يقوم بتربيته وتنشئته وحفظه والقيام على شؤونه الى أن يستغني عن ذلك . وأولى الناس بحضانة الطفل أمه ، لأنها أكثر الناس شفقة عليه وقدرة على تربيته ، فيثبت لها حق الحضانة عليه أولاً ثم من بعدها لمحارمه من النساء ، ويتقدم منهن الأقرب فالأقرب : فتتقدم بعد الأم أم الأم ثم أم الأب ..... الخ ، فإذا لم يوجد من النساء من لها حق الحضانة أو وجدت وكانت ساقطة الحضانة لعدم أهليتها ، فحق الحضانة ينتقل الى العصبات بترتيب ارثهم ، فيتقدم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ... الخ . وإذا لم يكن للطفل عصبة فحق الحضانة ينتقل الى ذوي الأرحام وهم الأقارب من الرجال المحارم كالأخ من أم والخال ونحوهما . وتستمر حضانة الطفل من قبل الأم وغيرها ممن ذكرنا حتى يستغني الطفل عن النساء ، وقدر ذلك ببلوغ سن السابعة من عمره بالنسبة للغلام ، وبالنسبة للصغيرة حتى تحيض وقدر بتسع سنوات ، وبهذا يفتى عند الحنفية . ثم تصير الحضانة بعد هذه السن الى العصبة من الرجال ، فينزع الصغير من حاضنته ويضم الى عصبته ، وهذا الضم

---

(١) رد المحتار جـ ٢ ص ٨٧١ . فتح العزيز جـ ١٥ ص ١٢٠ .

يسمى أيضاً حضانة ، وتستمر هذه الحضانة الى وقت البلوغ [١] .

وتستحق الحاضنة أجرة الحضانة إن لم تكن أماً للصغير ، فإن كانت فلها الأجرة أيضاً بعد انقطاع الزوجية ، وليس لها الأجرة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي ، أما في عدة الطلاق البائن فلها الأجرة [٢] .

٣٧٨ — الحضانة بالنسبة للذميين والمستأمنين :

الصغار سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين يحتاجون الى من يحضنهم ، ولهذا صرح الحنفية بأن أهل الذمة في الحضانة بمنزلة أهل الإسلام ، وعللوا ذلك بأن حق الحضانة ثبت نظراً للصغير ورعاية مصلحته ، وهذا المعنى لا يختلف بالاسلام والكفر [٣] .

والحنفية وإن لم يصرحوا بأن المستأمنين في الحضانة بمنزلة أهل الاسلام ، كما قالوا بالنسبة للذميين ، إلا أنهم ، في الواقع ، لا يختلفون عن الذميين في الحضانة ، لأن المستأمن غير مسلم ، والمعنى الذي وجبت الحضانة من أجله لا يختلف بالاسلام والكفر كما قال الأحناف أنفسهم ، ولأن صغار المستأمن بحاجة الى من يحضنهم كصغار المسلمين والذميين ، ولأن الأصل عند الحنفية هو أن المستأمن كالذمي في دار الاسلام ، ولهذا كله نقول أن المستأمنين كأهل الذمة في الحضانة . ويؤيد ما قلناه أن

---

(١) الكاساني جـ ٤ ص ٤١ وما بعدها ، وقد جاء في ص ٤١ منه : « فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت .. » ، وفي ص ٤٢ منه : « ... وأما التي « أي الحضانة » للرجال ... فأما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام الى وقت البلوغ ، وبعد الحيض في الجارية ... الى وقت البلوغ » . فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٦ وما بعدها ، الزيلعي جـ ٣ ص ٤٦ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٣ ص ٨٧٧ وما بعدها . ويراجع في الحضانة ومن لهم هذا الحق وترتيبهم في الحضانة عند غير الحنفية كالحنابلة والشافعية، المغني جـ ٧ ص ٦١٣ وما بعدها ، المهذب جـ ٢ ص ١٨١ وما بعدها ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٢ .

(٢) الابياني جـ ٢ ص ٧٣ — ٧٤ .

(٣) الكاساني جـ ٤ ص ٤٢ ، جامع أحكام الصغار جـ ١ ص ٩٩ .

الحنفية قالوا — في أثناء كلامهم عن حق الأم الحاضنة في الخروج بولدها من محل الحضانة — إذا كان الزوجان مستأمنين في دار الاسلام ووقعت الفرقة بينهما فإن للمستأمنة الحق في الخروج بولدها الى وطنها في دار الحرب الذي جرى فيه عقد النكاح (١) . وهذا يدل بوضوح على أن حق الحضانة كما يثبت لأهل الذمة ، يثبت كذلك للمستأمنين .

٣٧٩ — الحضانة بين المسلمين وغير المسلمين :

عند الحنفية ، اختلاف الدين لا يؤثر في حق الحضانة للنساء اذا ما توافرت الشروط اللازمة في المرأة الحاضنة سواء أكانت أماً أم غيرها ، ولهذا قال الحنفية إن الذمية أحق بالصغير المسلم ، إذا ما توافرت فيها شروط الحضانة ، فهي في هذا الحق كالمسلمة . وعللوا ذلك بأن الشفقة المطلوبة في الحاضنة على المحضون لا تختلف باختلاف الدين (٢) . وعلى هذا فحضانة النساء للصغير تثبت بين المسلمين وغير المسلمين ، كما تثبت بين غير المسلمين فيما بينهم .

ولكن حق الذمية في حضانة الصغير المسلم يسقط اذا ما تحقق أحد الأمرين التاليين :—

الأول — إذا كان الصغير يعقل الدين ، وقالوا ينبغي تقديره بسبع سنين لصحة إسلام الصغير في هذه السن .

الثاني — إذا خيف على الصغير أن يألف الكفر ، كما لو أخذت الذمية الحاضنة تلقنه تعاليم دينها أو تتردد به الى معابدها ، أو تغذيه بلحم الخنزير أو تسقيه الخمر ونحو ذلك .

فإذا تحقق أحد هذين الأمرين ، نزع الصغير من حاضنته غير المسلمة وضم الى ناس صالحين من المسلمين . لأن تسليم الصغير الى

(١) الكاساني جـ ٤ ص ٤٥ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٩ ، رد المحتار جـ ٢ ص ٨٨٥ .

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٣١٤ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٨٨٠ ، الابياني جـ ٢ ص ٦٦ .

حاضنته إنما كان إبتغاء منفعته ورعاية مصلحته ، وليس من مصلحته بقاؤه في حضانة غير المسلمة في هاتين الحالتين ، لاحتمال تنشئته على غير الاسلام وإبعاده عنه وفي هذا أعظم الضرر عليه ، فكان لابد من نزعه من حاضنته غير المسلمة وضمه الى من يرعاه من المسلمين دفعاً لهذا الضرر المتوقع عنه (١) . وعلى هذا جرى القضاء الشرعي المصري « العربي » في أحكامه (٢) .

٣٨٠ — ولكن اذا آلت الحضانة الى العصبات ، فلابد في هذه الحالة من اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لثبوت حق الحضانة ، لأنّ حق الحضانة بالنسبة للعصبات مبني على التعصيب الذي يستحق به العاصب الإرث ، ولا إرث مع إختلاف الدين فلا حضانة . وعليه فإذا كان للصغير الذمي أخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي فالحضانة تكون للأخ الذمي دون الأخ المسلم . وكذلك إذا كان الصغير مسلماً وله اخوان أحدهما مسلم والثاني ذمي فالحضانة للأخ المسلم دون الأخ الذمي (١) . وينبني على هذا ، أن الحضانة للعصبات لا تثبت بين

---

(١) الكاساني جـ ٤ ص ٤٢ ، الهداية وفتح القدير جـ ٣ ص ٣١٧ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٨٨٠ .

(٢) حكم محكمة العطارين الجزئية الشرعية بتاريخ ٢٠ نيسان ١٩٤٨ المنشور في مجلة المحاماة الشرعية بمصر عدد ٧ و ٨ من مجلد السنة العشرين ٤٨ — ٤٩ ، ص ٣٣٧ وما بعدها ، وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف عليه من ان يألف الكفر ولو لم يعقل الأديان .. وانها (اي الأم الحاضنة) تبعاً لتقاليد مذهبها ظلت تتردد على الكنيسة بالبنات وتلقنهن الديانة المسيحية المارونية مع علمها بأن الاب مسلم ، وهذا الصنيع منها أكثر ضرراً واشد حرجاً للاسلام وأبلغ من ايلاف البنات لهذه الديانة من الخوف الذي ذكرناه آنفاً ، واعتناق الكفر بدل الاسلام ، فلا تؤمن عليهن وينتزعن منها ....

(٣) الكاساني جـ ٤ ص ٤٢ ، الابياني جـ ٢ ص ٧١ ، وانظر المادة ٣٨٥ من مجموعة قدري باشا في الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة وقد جاء فيها : ... ويشترط في العصبة اتحاد الدين فاذا كان للصبي الذمي أخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي يسلم للذمي لا للمسلم .

المسلمين وبين غير المسلمين من ذميين أو مستأمنين .

أما اذا انتقل حق الحضانة الى الرجال المحارم من غير العصبة ، فإن الحنفية لم يشترطوا ، لثبوت حق الحضانة ، اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون [١] ، بينما نجدهم يشترطونه في حق العصبة اذا آل اليهم حق الحضانة . والسبب كما يظهر لي ، هو أن ثبوت حق الحضانة للرجال المحارم من غير العصبة إنما يثبت لهم بناء على محض القرابة المحرمية أي بوصفهم من محارم الصغير ، وهـذا الوصف لا يستلزم اتحاد الدين ولا يزول بزواله . أما بالنسبة للعصبات ، فثبوت حق الحضانة لهم بوصفهم عصبة ، وهذا الوصف لا يبقى مع اختلاف الدين ، فكان الشرط لثبوته لهم اتحاد الدين ، ولهذا يقول الإمام الكاساني معللا شرط اتحاد الدين بالنسبة للعصبة : « ... ومنها اتحاد الدين ، فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه . كذا ذكر محمد ، وقال : هذا قول أبي حنيفة وقياسه ، لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة ، واختلاف الدين يمنع التعصيب . وقد قالوا : في الأخوين إذا كان أحدهما مسلماً والآخر يهودياً والصبي يهودي : إن اليهودي أولى به ، لأنه عصبة ، لا المسلم » [٢] .

ولكن لنا أن نقول : إذا زال وصف العصبة عند اختلاف الدين ، فإن وصف المحرمية في بعض العصبات لا يزول ، فيقتضي أن يثبت لهؤلاء حق الحضانة بوصفهم من محـارم الصـغير لا بوصفهم من العصبات .

٣٨١ — قول غير الحنفية في الحضانة بين غير المسلمين ، وبينهم وبين المسلمين :

قال غير الحنفية ، كالحنابلة والشافعية والشيعة الامامية والزيدية ،

---

(١) الابياني جـ ٢ ص ٧١ ، ٧٢ ، المادة ٣٨٦ من مجموعة قدري باشا .

(٢) الكاساني جـ ٤ ص ٤٣ .

لا تجوز حضانة غير المسلم للمسلم . واحتجوا بأن الحضانة ولاية ، كولاية النكاح ، فلا تثبت لغير المسلم على المسلم ، وبأن الحضانة إذا لم تثبت للمسلم الفاسق فعدم ثبوتها لغير المسلم أولى لأن ضرر المخالفة في الدين أكثر من ضرر الفسق لما في المخالفة في الدين من الفتنة عن دين الاسلام ، وبأن الحضانة إنما تثبت لمصلحة الصغير فلا تشرع على وجه فيه تفويت هذه المصلحة وتجلب أعظم الضرر على الصغير في دينه . ولم يستثنوا من قولهم هذا أماً ولا غيرها ، فعندهم لابد أن يكون الحاضن مسلماً ما دام المحضون مسلماً . أما اذا كان المحضون غير مسلم ، فقد قالوا بجواز الحضانة لغير المسلم [١] .

٣٨٢ — القول الراجح :

والقول الراجح هو قول الحنفية — عدا ما رجحناه فيما يتعلق بحق العصبة في الحضانة — نظراً لما استدل به الأحناف ، ولأن خوف الفتنة على الصغير في دينه متتفية بالقيود التي اشترطها الحنفية لثبوت حضانة غير المسلمة للصغير المسلم . ومما يؤيد هذا القول الذي ذهب اليه الأحناف ما جاء في الحديث الشريف الذي أخرجه النسائي عن عبدالحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان : « أنه أسلم وأبت امرأة أن تسلم فجاء بإبن لهما صغير لم يبلغ ، فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب ههنا والأم ههنا ، ثم خيّره وقال : اللهم اهده . فذهب الى أبيه » . وقد أخرج هذا الحديث ، أبو داود بهذا السند عن رافع ابن سنان : « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : ابنتي وهي فطيم ، وقال رافع : ابنتي . فأقعد النبي صلى

---

(١) المغني جـ ٧ ص ٦١٣ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٢٨ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٣٦٤ ، متن المنهاج ومغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٤ — ٤٥٧ ، المهذب جـ ٢ ص ١٨١ ، الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع جـ ٢ ص ١٥٠ ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٩٩ . فتح العزيز جـ ١٥ ص ١٢٠ — ١٢١ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٨٤ — ٢٨٥ .

الله عليه وسلم الأم ناحية ، والأب ناحية ، وأقعد الصبي بينهما ، وقال لهما : ادعواها فمالت الصبية الى أمها ، فقال عليه السلام : اللهم اهدها ، فمالت الى أبيها فأخذها » (١) .

ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف هو أن النبي صلى الله عليه وسلم خيَّر الصغير المسلم بين أمه الكافرة وبين أبيه المسلم ، ولو لم يكن لأمه الكافرة حق في الحضانة وأنه تجوز حضانتها للمسلم ، ولو أنها كافرة ، لما خيَّره النبي صلى الله عليه وسلم بينهما .

٣٨٣ ـ الحضانة في شرائع غير المسلمين :

يثبت حق الحضانة للأم ثم لمحارمه من النساء كالجدة والأخوات وبناتهن والخالات والعمات ... الخ ، فإن لم توجد واحدة ممن ذكرن فالحضانة تنتقل الى الأقارب الذكور فيقدم الأب ثم الجد لأبيه ... الخ. وهذا ما نصت عليه قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس (٢) .

أما طائفة البروتستانت ، فعندهم الحضانة للأم ثم لأم الأم ثم للأب ثم للأقرب فالأقرب من أقرباء الأب ثم من أقرباء الأم . وأما الكاثوليك فالحضانة عندهم للأم ثم لمن يليها في القرابة من جهتها بشرط أن لا تتعدى القرابة الدرجة الثالثة . ويلي أقارب الأم العصبات بترتيب الأولوية في الميراث (٣) .

والسن التي تنتهي عندها الحضانة عند الأقباط الأرثوذكس هي بلوغ الصبي تسع سنين وبلوغ الصبية إحدى عشرة سنة . وعند

(١) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٦٩ — ٢٧٠ ، سنن ابي داود جـ ٣ ص ١٥٩ . وقد قال ابن قدامة الحنبلي : ان في اسناد هذا الحديث مقالاً وانه لا يثبته اهل النقل : المغني جـ ٧ ص ٦١٣ . ولكن يجاب على قول ابن قدامة ، بأن الحاكم رواه في المستدرك وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه . وان عبدالحميد بن جعفر ثقة هو وأبوه ، ورافع بن سنان معروف : نصب الراية جـ ٣ ص ٢٧٠ — ٢٧١ .

(٢) المادة ١٢٢ والمادة ١٢٣ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس في الجمهورية العربية المتحدة .

(٣) نمر وحبشي ص ٢٧٤ .

البروتستانت تنتهي الحضانة ببلوغ السنة التاسعة للذكر والأنثى ، وكذلك الحكم عند الكاثوليك [١] .

وقد اشترطت قواعد الأقباط الأرثوذكس أن يكون الحاضن مسيحياً سواء أكان رجلا أم إمرأة ، فقد جاء في المادة ١٢٤ من قواعد أحوالهم الشخصية : « يشترط في الحاضنة ... وفي الحاضن ... ويشترط في كليهما أن يكون مسيحياً » .

وأجرة الحضانة يتحملها الأب ، إلا أن الأم لا تستحقها حال قيام الزوجية وتستحقها إن كانت مطلقة [٢] .

وعند اليهود ، الأم أولى بحضانة الإبن حتى يتم ست سنوات ، والبنت حتى تتزوج [٣] . فإذا لم توجد الأم فالحضانة للأب ، فإن لم يوجد فلأم الأب ثم لأم الأم [٤] . وتجوز مخالفة هذه القواعد إذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك ، فقد جاء في المادة ٤١٠ من كتاب ابن شمعون : « للسلطة الشرعية في جميع الأحوال أن ترى رأيها المناسب لمقتضى الأحوال فيمن يكون أصلح للحضانة من غيره » .

وليس للحاضن أجرة عن الحضانة وإنما للمحضون النفقة ويلزم بها الأب ، فقد جاء في المادة ٤٠٩ من كتاب ابن شمعون : « الحضانة لا أجر لها ، وإنما للرضيع أو المحضون النفقة شرعاً » ونصت المادة ٤٠١ من هذا الكتاب على أن : « نفقة الحضانة على الأب بقدر ميسرته ومنزلته بين الناس » .

وفي العراق نصت قواعد الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس على ان مدة الحضانة للولد سبع سنوات وللبنت تسع سنوات .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٧٣ .
(٢) المادتان ١٢٩ ، ١٣٠ ، من قواعد الاقباط الارثوذكس الشخصية .
(٣) المادة ٣٩١ من كتاب ابن شمعون .
(٤) المواد ٣٩٢ ، ٤٠٢ ، ٤٠٤ من كتاب ابن شمعون .

نصت على أن الحضانة تكون للأم إلا اذا كانت متعدية وطلقت . وإذا سقطت حضانة الأم انتقلت الى الأب إذا لم يكن سيء السيرة أو متعدياً عند فسخ النكاح . وعند عدم وجود الأم والأب يقوم مقامها أولياؤهما . وللمحكمة الدينية الطائفية أن تعهد بالحضانة الى من ترى فيهم الأمانة وحسن السيرة إذا كان من وجبت لـه الحضـانة غير مأمون على الصغير [1] .

٣٨٤ ـ ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة ، اذا اتحد الذميون في الطائفة والملة طبقت عليهم أحكام شرائعهم الدينية ، واذا اختلفوا في الملة أو الطائفة طبق عليهم الراجح من أقوال المذهب الحنفي والمقنن من أحكام الحضانة ، من ذلك ما جاء في المـادة العشرين من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ : « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع سنين ، وللصغيرة بعد تسع سنين الى إحدى عشرة سنة ، اذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك » .

وفي العراق نصّ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في الفقرة الأولى من المادة ٥٧ على أن : « الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة » . ومعنى ذلك أن الأم ، مسلمة كانت أو غير مسلمة ، أحق بالصغير سواء أكان مسلماً أم غير مسلم ، وهذا هو المقرر في الفقه الحنفي . ونصت الفقرة الخامسة من هذه المادة على أن : « للقاضي أن يأذن بتمديد حضانة الصغير إذا تبين أن مصلحته تقتضي ذلك » .

وهذه الأحكام التي جاء بها القانون العراقي ، وأحكام الشريعة الاسلامية فيما لم ينص عليه القانون من مسائل الحضانة ، هي الأحكام

---

(١) المواد من ٣٦ ـ ٤١ من قواعد السريان الأرثوذكس في الأحوال الشخصية في العراق .

المطبقة بالنسبة للمسلمين وعير المسلمين ، لأن الحضانة بالنسبة لغير المسلمين في العراق لم تستثن بقانون خاص حتى تخضع لأحكام دياتهم كما سنبينه فيما بعد .

٣٨٥ ـ ما نقترحه في مسالة الحضانة :

الواقع أن الحضانة يراد بها مصلحة الصغير ، وليس فيها شيء من معنى العبادة ، ولا علاقة لها بالعقيدة . وعليه أرى تقنين أحكام الحضانة في الشريعة الاسلامية ــ بعد اختيارها من مختلف المذاهب الاسلامية ــ وجعلها قانوناً عاماً لجميع المواطنين في العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين . وقد لاحظنا أن أحكام الحضانة عند الأقباط الأرذوكس تشبه الى حد كبير أحكام الحضانة المقررة في الفقه الاسلامي .

المبحث الثاني

الولاية على المال

تمهيـــــد :

٣٨٦ ــ اذا كان الانسان بالغاً عاقلاً رشيداً فلا ولاية لأحد عليه في ماله . أما اذا لم يكن كذلك كالصغير والمجنون والمعتوه وذي الغفلة والسفيه ، فالولاية المالية على هؤلاء تكون لمن تثبت لهم هذه الولاية شرعاً كالأب أو وصيه ، والجد أو وصيه ، والقاضي أو وصيه . وهؤلاء الأولياء يقدم بعضهم على بعض حسب حال المولى عليه [1] . فالولاية

(١) الكاساني جـ ٥ ص ١٥٥ ، رد المحتـــار جـ ٢ ص ١٥١ ، الزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٥ ص ١٩٦ ، المغني جـ ٤ ص ٤٧١ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٣ وما بعدها ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ١٥٤ ، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرمي جـ ٢ ص ٤٣٦ وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ١٣٠ — ١٣١ .

المالية على الصغير تثبت للأب باتفاق الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن تثبت له بعد الأب • فذهب الحنفية الى أنها تكون بعد الأب لوصيه ثم لوصي وصيه وهكذا ، فإذا لم يكن وصي كانت للجد الصحيح أبي الأب وإن علا ثم لوصي الجد ثم لوصي وصيه وهكذا ، فإذا لم يكن جد ولا وصي جد كانت للقاضي أو وصيه الذي يقيمه • وذهب المالكية والحنابلة الى أن الولاية على الصغير تثبت بعد الأب لوصيه ثم للقاضي أو وصيه • وذهب الشافعية الى أنها تثبت بعد الأب للجد الصحيح ثم بعده للوصي المختار من الأب أو من الجد من تأخر موته منهما ثم للقاضي أو وصيه • وذهب الشيعة الامامية الى أن الولاية على الصغير تكون لكل من الأب والجد كليهما ، فإن اختلفا قدم رأي الجد ، ثم لوصي أحدهما ثم للقاضي • أما الولاية على المجنون والمعتوه ، فقد قال الحنفية : إذا اتصل الجنون والعته بالصغر فبلغ الصغير مجنوناً أو معتوهاً استمرت الولاية لمن كان ولياً حال صغره ، والى هذا ذهب أيضاً الشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الامامية • وأما اذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته فرأيان عند الجميع • واختلف الفقهاء أيضاً في السفيه وذي الغفلة ، فذهب الحنفية الى أن الولاية عليهما تثبت للقاضي أو من يقيمه ، سواء اتصل عارض السفه والغفلة بالصغر أو طرأ بعد البلوغ والرشد ، وروي عن محمد أن ولاية الولي تستمر اذا ما اتصل هذا العارض بالصغر وهو قول مرجوح في المذهب الحنفي • وذهب الشيعة الامامية الى أن الولاية عليه تكون للقاضي اذا لم يتصل السفه والغفلة بالصغر ، أما اذا اتصل فرأيان أرجحهما أنها تكون للقاضي [١] •

٣٨٧ ــ الولاية المالية بالنسبة للذميين والمستأمنين :

صرح الحنابلة والشافعية بأن الولاية المالية تثبت لغير المسلم على غير المسلم لمساواة الولي للمولى عليه في الكفر ، واشترطوا في الولي

(١) النيابة عن الغير في التصرف ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٥٣ ــ ٥٥ •

الكافر أن يكون عدلاً في دينه . والحنفية وإن لم يصرحوا بما صرح به الحنابلة والشافعية ، إلا أنهم قالوا : إن الشرط في الولي أن يكون مسلماً اذا كان المولى عليه مسلماً . فيفهم من هذا أن غير المسلم تثبت له الولاية المالية على غير المسلم [1] .

٣٨٨ ـ الولاية المالية بين المسلمين وغير المسلمين :

ذهب الحنابلة والشافعية والحنفية الى أن الولاية المالية لا تثبت لغير المسلم على المسلم لأن الشرط فيمن تثبت له هذه الولاية أن يكون مسلماً اذا كان المولى عليه مسلماً لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » . وكذلك لا تثبت ، عندهم ، هذه الولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض» [2] .

وعند الشيعة الامامية تثبت الولاية المالية للمسلم على غير المسلم ، ولكن لا تثبت لغير المسلم على المسلم [3] .

٣٨٩ ـ ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، تخضع مسائل الولاية على المال لأحكام قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . وأحكام هذا القانون تسري على جميع المواطنين في العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين [4] .

---

(١) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٣ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ١٥٤، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي جـ ٢ ص ٤٤١ ، الكاساني جـ ٥ ص ١٥٣ .

(٢) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٣ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ١٥٤ ، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي جـ ٢ ص ٤٤١ الكاساني جـ ٥ ص ١٥٣ ، المدخل للفقه الاسلامي لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤٦٣ .

(٣) جاء في كتاب الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ، تأليف الشيخ عبدالكريم رضا الحلي ، ص ١١ ، المادة ٣٩ : « لا ولاية في النكاح ولا في المال لذمي على مسلم . . . وتثبت للمسلم على الذمي » .

(٤) المدخل للقانون الخاص لأستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي ص ٢١ .

وقد نص هذا القانون على أن الولاية على مال القاصر تكون للأب ثم لوصيه المختار ثم للجد الصحيح [١] . واذا لم يوجد واحد من هؤلاء عينت المحكمة وصياً للقاصر [٢] . واشترط هذا القانون شروطاً خاصة فيمن يعين وصياً ، منها : أن لا يكون محكوماً عليه في جريمة تمس الشرف والآداب ، وأن لا يكون مشهوراً بسوء السيرة .... الخ [٣]. واشترط أيضاً : « أن يكون الوصي من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه » [٤] . فالقانون اشترط اتحاد الدين بين الوصي والقاصر ولكن لم يشترط مثل هذا الشرط بالنسبة لولاية الأب والجد مع أنه يمكن أن يكون الأب غير مسلم والصغير مسلماً كما لو أسلمت أمه الكتابية ولم يسلم أبوه الكتابي فإنه يصير مسلماً تبعاً لها . فهل معنى هذا أن القانون لم يعتبر شرط اتحاد الدين بين الأب والصغير ؟ الذي أراه أن القانون بإغفاله هـذا الشرط لم يرد إهماله وإهداره ، وإنما لم ينص عليه ، كما نص عليه بالنسبة للوصي ، لأن الغالب هو اتحاد الدين بين الأب والصغير . وعلى هذا أرى أن لا ولاية للأب غير المسلم على الصغير المسلم كما هو المقرر في الفقه الاسلامي لأن أحكام هذا القانون « في جملتها مستمدة من الشريعة الاسلامية فهي المصدر الذي يجب أن يرجع اليه عند افتقاد النص أو وجود غموض فيه » [٥] .

كما نص هذا القانون على وقف الولاية إذا اعتبر الولي غائباً ، أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة [٦] . ويترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها

(١) المادة الأولى من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .
(٢) المادة ٢٩ منه .
(٣) المادة ٢٧ منه .
(٤) الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧ منه .
(٥) المدخل للفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤٦٢ .
(٦) المادة ٢١ من القانون السالف الذكر .

أو وقفها بالنسبة الى المال أيضاً [١] . ولا تعود الولاية بعد سقوطها أو وقفها إلا بقرار من المحكمة [٢] .

وفي العراق جاءت أحكام الولاية على المال في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ . وهذه الأحكام تسري على جميع العراقيين من مسلمين وغير مسلمين . فمن الأحكام التي نص عليها القانون المدني العراقي ، ان « ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة » [٣] . ومن أحكام قانون الأحوال الشخصية : « يشترط في الوصي توفر الأهليــة القانونية والشرعية » [٤] . وظاهر هذا النص اشتراط الاسلام في الوصي اذا كان المولى عليه مسلماً . لأن هذا الشرط من جملة الشروط الشرعية اللازمة لتحقيق الأهلية الشرعية في الوصي اذا كان المولى عليه مسلماً . ولكن القانون لم ينص على هذا الشرط ولم يشر اليه بالنسبة الى الأب والجد . وأرى أن اسلام الأب والجد شرط لثبوت ولايتهما على القاصر اذا كان مسلماً ، لأن هذا هو الحكم المقرر في الفقه الاسلامي ، والقانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية ، استقيا أحكام الولاية على المال من الفقه الاسلامي فهو مصدرهما فيجب الرجوع اليه في مسائل الولاية التي سكت عنها هذان القانونان .

---

(١) المادة ٢٢ منه .

(٢) المادة ٢٣ منه .

(٣) المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي .

(٤) المادة (٧٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

الفصل السادس

النفقات

تمهيـــد :

٣٩٠ ـ أتكلم في هذا الفصل عن نفقة الزوجة غير المسلمة على زوجها المسلم أو غير المسلم ، ثم عن نفقة الأقارب بين المسلمين وغير المسلمين من ذميين ومستأمنين ، وعن هـذه النفقة بين غير المسلمين وحدهم . وعلى هذا ، أقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول ـ للكلام عن نفقة الزوجة .

المبحث الثاني ـ للكلام عن نفقة الأقارب .

المبحث الأول

نفقة الزوجة

تمهيـــد :

٣٩١ ـ تجب النفقة للزوجة على زوجها [1] ، لأن النفقة حق لها عليه . وهي ثابتة بالكتاب والسنة . فمن الكتاب قولـه تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » أي على قـدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة ، والأمر بالإسكان أمر بالانفاق لأنها لا تصل الى النفقة إلا بالخروج والاكتساب . وقوله عز وجل : « ... وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... » وقوله عز وجل : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ... » . ومن

(1) أي أن على الزوج أن يوفر لزوجته ما تحتاج اليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة : أحكام الأحوال الشخصية في الفقة الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢١٨ .

السنة أن رجلاً جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وسأله : ما حق المرأة على الزوج ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسا ، ولا يهجرها إلا في المبيت ولا يضربها ولا يقبح [١] .

وكما تستحق الزوجة النفقة حال قيام الزوجية ، تستحقها أيضاً في عدتها اذا كانت معتدة من طلاق رجعي بلا خلاف بين الفقهاء . وكذلك لها النفقة إن كانت معتدة من طلاق بائن وكانت حاملاً بلا خلاف أيضاً . أما اذا كانت حائلا ، فالحنفية يوجبون لها النفقة والسكنى ، وغير الحنفية كالشافعية لا يوجبون لها إلا السكنى . واذا كانت معتدة من وفاة فلا نفقة لها ولا سكنى ، وعند الشافعية لها السكنى في أظهر القولين في مذهبهم [٢] .

٣٩٢ ـ نفقة الزوجة الذمية على زوجها المسلم :

تجب النفقة للزوجة الذمية على زوجها المسلم ، وكذلك للمستأمنة اذا تزوجها المسلم . فقد قال الحنفية إن الكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة ، لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه[٣] . وتثبت هذه النفقة للذمية على زوجها سواء كانت في قيد النكاح أو في عدة تجب فيها النفقة كما هو الحكم بالنسبة للمسلمة [٤] .

---

(١) الكاساني جـ ٤ ص ١٦ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٤٢١ ، المغني جـ ٧ ص ٥٦٣ ، وآية « اسكنوهن ... » في سورة الطلاق جـ ٢٨ : الآية ٦ . وآية : « وعلى المولود له رزقهن ... » في سورة البقرة جـ ٢: الآية ٢٣٣ . وآية : « لينفق ... » في سورة الطلاق جـ ٢٨ : الآية ٧ . والحديث الشريف « ما حق المرأة ... » رواه الامام احمد : مسند احمد ، مطبعة الاخوان جـ ١٦ ص ٢٣١ ، النسائي جـ ١ ص ٥٦٨ ، أبو داود جـ ٣ ص ٦٨ .

(٢) الكاساني جـ ٣ ص ٢٠٩ ــ ٢١٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٠٢ ، ٤٤٠ ، المغني جـ ٧ ص ٦٠٦ .

(٣) الفتاوى الخانية جـ ١ ص ٤٢٤ : « فتجب على الرجل نفقة امرأته المسلمة والذمية » . الكاساني جـ ٤ ص ٢٢ . ويلاحظ هنا ان المستأمنة اذا تزوجها مسلم صارت ذمية : المبسوط جـ ٥ ص ٥٣ .

(٤) الكاساني جـ ٣ ص ٢١٠ .

ومذهب الشافعية والحنابلة والزيدية كمذهب الحنفية في وجوب النفقة للزوجة الذمية على زوجها المسلم [١] .

٣٩٣ ـ نفقة الزوجة بالنسبة للذميين والمستأمنين فيما بينهم :

عند الشافعية ، تجب النفقة للزوجة غير المسلمة على زوجها غير المسلم في كل نكاح يقران عليه لو أسلما أو ترافعا إلينا قبل الاسلام . فتجب النفقة في النكاح بلا ولي أو بلا شهود لأنهما يقران على هذا النكاح . أما نكاح المحارم فلا نفقة فيه للزوجة بسبب الزوجية لأنه نكاح لا يقران عليه لو أسلما أو ترافعا إلينا [٢] .

أما الحنابلة ، فقد صرحوا بأن للزوجة الذمية النفقة على زوجها الذمي [٣] . وصرحوا بأن أنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح مثل وجوب النفقة [٤] ، دون أن يفصلوا تفصيل الشافعية ، مما يدل على أن مذهبهم إيجاب النفقة للزوجة على زوجها الكافر في كل نكاح ، سواء يقران عليه إذا أسلما أو لم يقرا عليه .

وعند الحنفية ، الذمي كالمسلم في وجوب النفقة عليه لزوجته الذمية ، التي ليست من محارمه ، لاستوائهما في سبب وجوب النفقة وشرطها ، ولأن الدلائل الدالة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها لا توجب الفصل بين المسلم والذمي [٥] . وكذلك تجب النفقة على المستأمن لزوجته [٦] .

واختلف الحنفية في نفقة الزوجة اذا كانت من محارم الزوج .

---

(١) الأم جـ ٥ ص ١٩٧ ـ ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٢٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٩٧ ، شرح الأزهار جـ ٢ ص ٥٣٢ .
(٢) الأم جـ ٥ ص ١٩٠ ـ ١٩١ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٥ ـ ١٩٦ .
(٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٩٧ .
(٤) شرح منتهى الارادات ، من باب نكاح الكفار جـ ٣ ص ٩٢ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٧ ـ ٦٨ ، المغني جـ ٦ ص ٦٣٧ .
(٥) الكاساني جـ ٤ ص ٢٢ ، المبسوط جـ ٥ ص ٢٠٠ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٥٤٤ .
(٦) المبسوط جـ ٥ ص ٢٠٥ .

فعند أبي حنيفة تجب لها النفقة ، وعند أبي يوسف ومحمد لا تجب ٠ احتج أبو حنيفة بأن حرمة هذا النكاح من الأحكام التي تقبل التغيير بدليل إباحته في شريعة آدم عليه السلام ، فلا تجب الحرمة في حقهم بحكم شرعنا ، فيبقى حكم هذا النكاح في حقهم كما كان قبل ورود دليل التحريم في شريعتنا ٠ وحيث أنهم يدينون بصحة هذا النكاح . فيكون صحيحاً في حقهم ، ومن ثم تجب النفقة فيه للزوجة على زوجها ٠ فإذا نازع الزوج في النفقة وأراد دفعها عنه بدعوى فساد النكاح لم يقبل منه ذلك بعد ما أقدم على هذا النكاح معتقداً صحته ٠ ولأنه التزم موجب النكاح حين أقدم عليه فلا يملك إسقاطه بدون رضا صاحب الحق ٠

أما حجة الصاحبين ، فهي أن هذا النكاح باطل ولا تصلح ديانتهم دافعة لدليل بطلانه في حقهم لعدم جوازه في أية شريعة سابقة ٠ أما جوازه في شريعة آدم عليه السلام فللضرورة ، فيلحق بالأحكام التي لا تقبل التغيير ولا تحتمل الإباحة ، حتى لو أن شريعتنا لم تأت ببطلان هذا النكاح لما جاز في حق المسلمين ٠ وحيث أن هذا النكاح باطل في حقهم فلا تجب فيه النفقة للزوجة على زوجها لأن وجوب النفقة من آثار النكاح الصحيح لا الباطل [١] ٠

والراجح قول أبي حنيفة ، لأنه ما دام قد حكمنا على أنكحتهم بالصحة في حقهم فينبغي وجوب النفقة فيها للزوجة على زوجها ٠

٣٩٤ — نفقة الزوجة غير المسلمة في العدة اذا وقعت الفرقة بسبب اباء الاسلام :

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين غير المسلمين بعد الدخول بسبب اسلام أحدهما وإباء الآخر الاسلام ، وكانت المرأة هي التي أسلمت وأبى هو الاسلام فللمرأة النفقة في العدة لأنه يتمكن بإسلامه من إبقاء نكاحها واستمتاعه بها فلا تحرم من النفقة بمعصيته وإبائه ٠ أما اذا كان الزوج

(١) اصول البزدوي وكشف الاسرار جـ ٤ ص ١٤٥١ ، ١٤٥٤ — ١٤٥٥ ٠

هو الذي أسلم وأبت هي الاسلام وكانت وثنية أو مجوسية ، فالنفقة لا تجب لها لأنها تكون في هذه الحالة حابسة نفسها عنه بغير حق فتكون كالناشزة ، والناشزة لا نفقة لها . ولكن لها السكنى لأن القرار في منزل الزوج حق له عليها فلا يسقط بمعصيتها ، أما نفقتها هي فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها . وهذا مذهب الحنفية والزيدية والحنابلة والشافعية [1] .

٣٩٥ ـ ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

في العربية المتحدة تجب عند المسيحيين ، طبقاً لشرائعهم الدينية، النفقة على الزوج لزوجته . فقد جاء في المادة ١٤١ من قواعد الأقباط الأرثوذكس : « تجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح» وكذلك الحكم عند الروم والأرمن الأرثوذكس ، والكاثوليك [2] . وتجب النفقة للزوجة عند الفرقة اذا كان سبب التفريق منه لا منها وهذا ما نصت عليه قواعد الأقباط الأرثوذكس والروم الأرثوذكس والإنجيليين [3] .

وعند اليهود تجب النفقة للزوجة على زوجها ، ويراعى في تقديرها حال الزوجين [4] .

وشرائع اليهود والمسيحيين ، في العربية المتحدة ، هي التي تطبق على نفقة الزوجة اذا إتحد الزوجان في الطائفة والملة ، فإن اختلافاً طبق المذهب الحنفي على أرجح الأقوال فيه ، وما صدر من أحكام قانونية في مسائل نفقة الزوجة ، من ذلك ما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ،

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٢ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ١٤٩ ، المغني جـ ٦ ص ٦١٨ ، المهذب جـ ٢ ص ١٧١ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١٢٩ .

(٢) اهاب حسر ص ٢٩٨ .

(٣) شرح الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين تأليف تادرس ميخائيل تادرس ص ١٤٥ ، ١٨٨ ، والمادة ٦٦ من قواعد الأقباط الأرثوذكس .

(٤) المواد من ١٠٦ ـ ١٠٨ من كتاب ابن شمعون .

فقد نصت المادة ١٦ منه على أنه « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما تكن حالة الزوجة » • وما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد نصت المادة الأولى منه على انه « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » • ونصت المادة الثانية من هذا القانون على أن « المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » • وجاء في الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ : « ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » •

وفي العراق يخضع اليهود والمسيحيون في مسائل نفقة الزوجة الى أحكام دياناتهم • ومن هذه الأحكام ما نصت عليه المادة ٤٣ من قواعد السريان الأرذوكس ، فقد جاء فيها : « يلتزم الزوج بمجرد العقد بالإنفاق على زوجته لغرض الطعام والكسوة والسكن ، وكذلك الخدمة عند المرض والضعف حسب حالته المالية » • وعند اليهود ، تجب للزوجة النفقة على زوجها ، فإن قصر في ذلك فلها أن تطلب من المحكمة المختصة الحكم لها بالنفقة ، وتفرض لها من تاريخ المطالبة بها • والمحكمة عند تقدير النفقة تراعي حالة الزوجين ، ومدى ما تحتاجه الزوجة حسب ظروف الزمان والمكان [1] •

---

(١) جاء في الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية : —
المادة ٤٦ — على الزوج مؤونة زوجته واكساؤها وتمريضها ...
المادة ٤٨ — تفرض النفقة ابتداء من يوم المطالبة بها في المحكمة .
المادة ٤٩ — عند تقدير النفقة والحكم بها يجب مراعاة كافة احتياجات الزوجة .
المادة ٥٠ — تراعى في تعيين مقدار النفقة ، ومنها الكسوة والمسكن ، حالة الزوجين والزمان والمكان .

المبحث الثاني

نفقة الاقارب

تمهيـــــد :

٣٩٦ — القرابة في الأصل نوعان : قرابة الولادة ، وقرابة غير الولادة . وقرابة الولادة هي الأصول والفروع . وأما قرابة غير الولادة فنوعان : قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة ، وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات (١) .

والقرابة الموجبة للنفقة ، عند الحنفية ، هي قرابة الولاد ، فتجب النفقة للفروع على أصولهم وللأصول على فروعهم . والأصول هم الأبوان والأجداد والجدات ويدخل فيهم الجد لأب والجد لأم وإن علوا وجداته لأبيـــه وجداته لأمه وإن علون . والفروع هم الأولاد وإن نزلوا (٢) .

والقرابة الثانية الموجبة للنفقة ، عند الحنفية ، هي قرابة غير الولاد اذا كانت محرمة للنكاح ويجري فيها الإرث (٣) .

وعند الشافعية لا تجب النفقة إلا في قرابة الولاد ، فتجب للأصول على الفروع وبالعكس (٤) . وعند الزيدية والحنابلة ، تجب النفقة للأصول وإن علوا وللفروع وإن نزلوا ، كما تجب على كل قريب موسر يرث قريبه المحتاج بفرض أو تعصيب . أما الأقارب غير ذوي الفروض

---

(١) الكاساني جـ ٤ ص ٣٠ .

(٢) الكاساني جـ ٤ ص ٣٠ ، الهداية وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٧—٣٤٨ .

(٣) الكاساني جـ ٤ ص ٣٢ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٨ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٦ — ٤٤٧ .

والعصبات ، فلا نفقة لهم أو عليهم إن لم يكونوا من الأصول أو الفروع [1] .

وعند المالكية ، لا تجب النفقة إلا على الولد لوالديه ، وعلى الأب لولده ، فلا تجب على الولد نفقة جده أو جدته ، ولا تجب نفقة ولد ابن على جده [2] .

وعند الشيعة الامامية ، تجب النفقة في قرابة الولاد وتستحب في غيرها [3] .

ويشترط لوجوب النفقة أن يكون المستحق لها محتاجاً ، وأن يكون المنفق ، أي الذي تجب عليه النفقة ، قادراً على الإنفاق ، على تفصيل في قرابة الولاد وغيرها [4] .

وأتكلم في هذا المبحث عن نفقة الأقارب بين المسلمين وغير المسلمين، ثم عن هذه النفقة بين غير المسلمين أنفسهم . ثم ابين ما عليه العمل في الوقت الحاضر . وعليه أقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :ـ

المطلب الأول ـ للكلام عن نفقة الأقارب بين المسلمين وغير المسلمين من ذميين ومستأمنين .

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢١٣ ـ ٣١٤ ؛ كشف المخدرات ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٥٢٢ ـ ٥٢٤ . والولد يطلق على الذكر والأنثى : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ١٠٢ .

(٣) شرح اللمعة جـ٢ في باب النفقات : تجب النفقة على الأبوين فصاعدا .. والأولاد فنازلا ... وتستحب النفقة على باقي الأقارب ...

(٤) يراجع في شروط وجوب النفقة عند الحنفية : الكاساني جـ ٤ ص ٣٤ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٩٢٥ وما بعدها . كما أن هناك ضوابط لترتيب من تجب عليهم النفقة عند تعددهم يراجع بشأنها : رد المحتار جـ ٢ ص ٩٣٤ ـ ٩٣٦ .
ويراجع عند غير الحنفية في شروط وجوب النفقة وترتيب من تجب عليهم : المغني جـ ٧ ص ٥٨٢ وما بعدها ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢١٣ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٥١ وما بعدها .

المطلب الثاني — للكلام عن نفقـة الأقارب الذميين والمستأمنين فيما بينهم •

المطلب الثالث — لبيان ما عليه العمل في الوقت الحاضر في نفقات الأقارب •

المطلب الأول

نفقة الأقارب

بين المسلمين وغير المسلمين من ذميين ومستامنين

الفرع الأول

نفقة الأصول والفروع

أولا — النفقة للمسلم على الذمي وبالعكس

٣٩٧ — اختلف الفقهاء في إشتراط إتحاد الدين بين من تجب له النفقة وبين من تجب عليه ، في قرابة الولادة ، لوجوب النفقة • ويمكن رد إختلافهم الى قولين :—

القول الأول — قول الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية والشيعة الامامية والزيدية • وعندهم إتحاد الدين ليس بشرط في قرابة الولادة لوجوب النفقة • فتجب النفقة للأصول على الفروع وبالعكس ولو مع اختلاف الدين • إلا أن المالكية ، كما ذكرنا عنهم ، يقصرون نفقة الأصول والفروع على الوالدين والولد فقط • فتجب عندهم النفقة على الولد لأبويه فقط سواء كان الأبوان مسلمين والولـد كافراً أو بالعكس • وكذا تجب عندهم نفقة الولد على أبيه سواء كان الولد كافراً والأب مسلماً أو بالعكس • وعليه ، فالنفقة عند الجمهور ، تجري

بين المسلم والذمي في قرابة الولاد سواء كان الأصل مسلماً والفرع ذمياً أو بالعكس ، فتجب النفقة مثلاً على المسلم لآبائه وأمهاته الذميين ، كما تجب النفقة على الذمي لأولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام بإسلام أمهم ، ونفقة أولاده الكبار المسلمين المستحقين للنفقة ، ونحو ذلك (١) .

القول الثاني — قول الحنابلة : وعندهم لا تجب النفقة مع إختلاف الدين ، لأن اختلاف الدين يمنع التوارث ، والشرط في وجوب النفقة عندهم أن يكون من تجب عليه النفقة وارثاً للمنفق عليه ، فلا نفقة مع اختلاف الدين وإن كانت للأصول أو الفروع (٢) . وعلى هذا لا يستحق المسلم النفقة على الذمي وبالعكس ، في قرابة الولاد ، لاختلاف الدين بينهما .

٣٩٨ — أدلة القول الأول ، قول الجمهور :

أ — عموم الأدلة الدالة على وجوب الإنفاق على الوالدين ، فيدخل

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٥٦٢ . ٥٦٤ . ٥٦٧ ؛ الفتاوى الخانية جـ ١ ص ٤٤٧ . الزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٣ ص ٦٣ . الكاساني جـ ٤ ص ٣٦ . الهداية جـ ، ص ٢٤٨ . الدر المختار جـ ٢ ص ٩٤١ . شرح الازهار جـ ٤ ص ٥٤٧ — ٥٤٩ . البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٨ — ٢٧٩ . مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٦ — ٤٤٧ ؛ المدونة الكبرى جـ ٥ ص ٤٧ . الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٥٢٢ — ٥٢٤ . شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٤ ص ٢٥٩ ؛ الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٨ : « لا نفقة مع الاختلاف ديناً الا للزوجة والأصول والفروع » . شرح اللمعة جـ ٢ في باب النفقات : « وتجب النفقة على الأبوين فصاعداً وهم آباء الأب وامهاته وان علوا . وآباء الأم وامهاتها وان علوا ، والأولاد فنازلاً ذكوراً كانوا أم أناثاً ، وانما يجب الانفاق على الفقير العاجز عن التكسب ولا يشترط عدالته ولا اسلامه بل يجب وان كان فاسقاً أو كافراً للعموم ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم » .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢١٤ ، ٢١٦ ؛ المغني جـ ٧ ص ٥٨٤ — ٥٨٥ شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٣٥٨ : ولا نفقة مع اختلاف دين بقرابة ولو من عمودي نسب لأنهما لا يتوارثان فلم يتناوله قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فيها المسلمون وغير المسلمين ، مثل قوله تعالى : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً » ، والإنفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان . وقوله عز وجل : « فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما » ، وهو كناية عن كلام فيه إيذاء . ومعلوم أن معنى التأذي بترك الإنفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر من تأذيهما بكلمة أف ، فكان النهي عن التأفيف نهياً عن ترك الإنفاق دلالة كما كان نهياً عن الشتم والضرب دلالـة .

ب ــ قال تعالى : « وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً ... » وهذه الآية الكريمة نزلت في الوالدين الكافرين ، وفيها يأمر الله تعالى مصاحبتهما بالمعروف وإن كانا كافرين ، وليس من المعروف أن يترك الولد أبويه مع الجوع والعرى ولا ينفق عليهما فدلت الآية الكريمة على وجوب النفقة لهما على أولادهما وإن كانا كافرين [1] . وأما الأجـداد والجدات فهم كالأبوين في وجوب النفقة ولهذا يقوم الجدان مقام الأب والأم عند عدمهما ، وأيضاً فإن الأجداد والجدات تسببوا بإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بالنفقة عليهم بمنزلة الأبوين .

جـ ــ إن وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة ، لأن الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد وهذا المعنى لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به وهو وجوب النفقة .

د ــ قال تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . أوجب الله تعالى ، بهذه الآية الكريمة ، على الأب رزق الوالدات بسبب الولد ، وعبر عنه « بالمولود له » للتنبيه على علة الإيجاب عليه وهي

---

(١) منزلة الام في الاسلام ، مقال لاستاذنا محمد سلام مدكور ، منشور في مجلة منبر الاسلام ، عدد ١٠ ، سنة ١٨ ، شوال سنة ١٣٨٠ ص ٣٦ وعدد ١١ ، السنة ١٨ ، شهر ذي القعدة ، سنة ١٣٨٠ ص ٤٥ .

الولادة له ، لأن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الإشتقاق علة له ، فإذا وجبت نفقة الوالدة بسبب الولد فوجوب نفقة الولد على الوالد أولى . وهذا الوجوب ثابت سواء كان الولد مسلماً أو كافراً لأن الآية لكريمة أوجبت الإنفاق للولد على أصله من دون فصل بين مسلم وكافر .

هـ ـ نفقة الأصول والفروع وجبت للجزئية ، وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا تمنع نفقة نفسه لكفره لا تمنع نفقة جزئه لكفره [1] .

٣٩٩ ـ أدلة القول الثاني ، وهو قول الحنابلة :

استدل الحنابلة بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... وعلى الوارث مثل ذلك » فوجب أن يكون من تلزمه نفقة غيره وارثاً له ، واختلاف الدين يمنع التوارث فيمنع النفقة . ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال المورث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم . والنفقة بعد هذا وذاك من باب الصلة والمواساة فلا تجب مع اختلاف الدين بين الأصول والفروع كما لا تجب بين غيرهم من سائر الأقارب مع اختلاف الدين [2] .

٤٠٠ ـ القول الراجح :

والراجح من القولين هو قول الجمهور لما احتجوا به . لأن وجوب

---

(١) الهداية وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٨ ، الكاساني جـ ٤ ص ٣٠ ، ٣٦ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ١٤١ ، الزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٣ ص ٦٣ ، الابياني جـ ٢ ص ١١١ ـ ١١٢ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩ . وآية « وقضى ربك ... الخ » وردت في سورة الاسراء جـ ١٥ ، الآية ٢٣ . وقوله تعالى : « فلا تقل لهما أف ... » وردت في سورة الاسراء جـ ١٥ ، في الآية ٢٣ ، وآية « وان جاهداك .. » وردت في سورة لقمان جـ ٢١ الآية ١٥ . وآية « وعلى المولود له رزقهن ... الخ » وردت في سورة البقرة جـ ٢ ، الآية ٢٣٣ .

(٢) المغني جـ ٧ ص ٥٨٤ ـ ٥٨٥ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٣٥٨ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٦ .

النفقة في هذا النوع من القرابة ثبت بنصوص من الكتاب العزيز من غير شرط إتحاد الدين ، بل إن بعض هذه النصوص نزلت في نفقة الوالدين الكافرين كما ذكرنا . وأما الإحتجاج بقوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » لاشتراط إتحاد الدين لوجوب النفقة ، فإن هذا في غير قرابة الولاد . وأما كون النفقة وجبت للمواساة والصلة فلا تجب مع إختلاف الدين ، فالجواب أنها وجبت في هذه القرابة للجزئية ، وهذا المعنى لا يختلف بإختلاف الدين . وحتى اذا كان وجوبها للمواساة والصلة فإن اختلاف الدين لا يمنع من الصلة (١) .

ثانياً — النفقة للمسلم على المستأمن وبالعكس

٤٠١ — عند الحنفية ، على ما جاء في كتب المذهب الحنفي كالهداية وشرح الكنز والدر المختار وغيرها ، لا تجب النفقة على المسلم لأصوله وفروعه اذا كانوا حربيين وإن كانوا مستأمنين ، وكذلك لا تجب على المستأمن لاصوله وفروعه المسلمين . وعللوا ذلك بأن المسلمين نهوا عن بر الحربيين بقوله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين . إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون » . وحيث أن المستأمن حربي حكماً ، وأن النفقة هي من باب البر والصلة ، فلا يستحقها الحربي وإن كان مستأمناً . وعلى هذا لا تجب النفقة بين المسلم والمستأمن حتى في قرابة الولاد (٢) .

---

(١) الوصاية في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٢٣ .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ٣٤٨ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٩٤١ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٣ ص ٦٣ ، الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٥٦٨ : « ولا يجبر المسلم والذمي على نفقة والديه من أهل الحرب وان كانا مستأمنين في دار الاسلام ، وكذلك الحربي الذي دخل علينا بأمان لا يجبر على نفقة والديه اذا كانا مسلمين أو كانا من أهل الذمة » . والفتاوى الهندية جـ ١ ص ٤٤٩ : « حربيان دخلا دار الاسلام بأمان ولهما ولد مسلم ، لا تجب نفقتهما على ولدهما » .
وقوله تعالى : « لا ينهاكم الله ... » في سورة الممتحنة جـ ٢٨ ، الآيتان : ٨ و ٩ .

إلا أن الإمام الكاساني الحنفي لم يجعل إختلاف الدارين مانعاً من النفقة بين الاصول والفروع بل قال بوجوب النفقة في هذه القرابة حتى مع اختلاف الدار فتجب عنده للمسلم أو للذمي على المستأمن وبالعكس . وعلل ذلك بأن وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة الموجب للجزئية ، وهذا المعنى لا يختلف باختلاف الدار كما لا يختلف باختلاف الدين [١] .

وقول الامام الكاساني هو الراجح ويدل على رجحانه ما يأتي :

(أ) إن الحنفية احتجوا لوجوب النفقة على المسلم لابويه الكافرين بقوله تعالى : « وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً واتبع سبيل من أناب اليَّ» . وقالوا : إن هذه الآية نزلت في الأبوين الكافرين لأنها نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة بلغني أنك كفرت ، فوالله لا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد ، وظلت هكذا ثلاثة أيام ، فأتى سعد بن أبي وقاص النبي صلى الله عليه وسلم وشكى اليه فنزلت الآية [٢] . هذا ما قالوه ، ولكن هل كانت أم سعد ذمية ؟ قال سعدي جلبي الحنفي في حاشيته على شرح العناية على الهداية — تعلقياً على قول الحنفية بمنع النفقة بين المسلم والمستأمن في قرابة الولاد وتعرضاً لما قالوه بصدد إسلام سعد — قال : « أقول : فيه أن أم سعد لم تكن ذمية » [٣] . فإذا لم تكن أم سعد ذمية فمعنى ذلك أن هذه الآية دلت على وجوب

---

(١) الكاساني جـ ٤ ص ٣٦ — ٣٧ : « فاما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيهما ليس بشرط . . . (ثانيهما) اتحاد الدار في غير قرابة الولاد . . . وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد ، والفرق بينهما من وجهين : (أحدهما) أن وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد . (والثاني) أن الوجوب هنا بحق الوراثة ، ولا وراثة عند اختلاف الدارين ، والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف » .

(٢) الهداية والعناية وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٧ .

(٣) حاشية سعدي جلبي جـ ٣ ص ٣٤٨ .

النفقة للوالدين الكافرين وإن كانا مستأمنين ، وبالتالي تكون النفقة بين المسلم والمستأمن في قرابة الولاد واجبة .

(ب) الآية التي احتجوا بها وهي « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ... الخ » أفادت النهي عن تولي الحربيين لا عن برهم [١] .

٤٠٢ — وعند الشيعة الامامية والشافعية تجب النفقة بين المسلم والمستأمن في قرابة الولاد ، فتجب على المسلم لاصوله وفروعه المستأمنين وبالعكس [٢] . أما الحنابلة فقد ذكرنا عنهم أنهم يشترطون لوجوب النفقة اتحاد الدين فلا تجب عندهم عند اختلاف الدين لعدم التوارث ، فلا تجب النفقة بين المسلم والمستأمن لا في قرابة الولاد ولا في غيرها .

الفرع الثاني

نفقة الحواشي وذوي الأرحام

٤٠٣ — القائلون بوجوب النفقة في غير قرابة الاصول والفروع ، وهم الحنفية والحنابلة والزيدية ، اشترطوا لوجوب النفقة في قرابة الحواشي وذوي الأرحام اتحاد الدين بين من تجب عليه وله ، لأن النفقة في غير قرابة الأصول والفروع تجب بحق الوراثة لقوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » . علق سبحانه وتعالى إستحقاق النفقة بالإرث ، ولا وراثة عند اختلاف الدين، فلا تجب النفقة لمسلم على ذمي أو مستأمن ولا لذمي أو مستأمن على مسلم في غير قرابة الأصول والفروع . فلا نفقة،

---

(١) المغني جـ ٦ ص ١٠٤ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٧٠ ، ومؤلفه : الوصايا في الفقه الاسلامي ص ٣٣٥ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٦ — ٤٤٧ ، حاشية البجيرمي جـ ٤ ص ١١٩ الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٨ . والظاهر ان هذا هو مذهب الزيدية أيضاً لأنهم أطلقوا القول بوجوب النفقة في هذه القرابة بين المسلم والكافر : البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٨ — ٢٧٩ .

مثلاً ، للمسلم على أخيه الذمي أو المستأمن ، كما لا نفقة لذمي و مستأمن على أخيه المسلم [١] .

المطلب الثاني

نفقة الأقارب الذميين والمستامنين فيما بينهم

الفرع الأول

نفقة الأقارب الذميين فيما بينهم

٤٠٤ — أهل الذمة ، عند الحنفية ، كالمسلمين في النفقة وإن اختلفت أديانهم [٢] . لأن الذمي بعقد الذمة التزم أحكام الإسلام فيما يرجع الى المعاملات ، والنفقة من المعاملات ، فتجب بين الذميين في قرابة الولاد ، وفي قرابة غير الولاد اذا كانت قرابة محرميه توجب الإرث كما هو الحكم بين المسلمين .

وعند الحنابلة الشرط في من تجب عليه النفقة أن يكون وارثاً للمنفق عليه ، وحيث أن أهل الذمة عند الحنابلة يتوارثون فيما بينهم

(١) الكاساني جـ ٣ ص ٣٦ — ٣٧ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٨ ، شرح الأزهار جـ ٢ ص ٥٤٩ — ٥٥٠ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٨٠ . والحنابلة يشترطون اتحاد الدين لوجوب النفقة في جميع أنواع القرابات سواء أكانت قرابة ولاد أم غيرها : فقرة ٣٩٧ — ص ٤٧٣ من هذه الرسالة .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٥٦٨ : أهل الذمة فيما بينهم في النفقة كأهل الاسلام وان اختلفت مللهم . وهذا قول الزيدية أيضاً ، فعندهم تجب النفقة بين الأصول والفروع ولو مع اختلاف الملة اما في غير قرابة الأصول والفروع فقد اشترطوا اتحاد الملة بين الذميين : شرح الأزهار جـ ٢ ص ٥٤٦ .

اذا اتحدت ملتهم [١] فإن النفقة تجب فيما بينهم . أما او اختلفت ملتهم فالنفقة لا تجب لعدم التوارث فيما بينهم في هذه الحالة .

وعند الشافعية والمالكية والشيعة الامامية تجب النفقة بين الذميين في قرابة الأصول والفروع لأنهم قالوا بوجوبها بين المسلمين والذميين[٢]، فوجوبها بين الذميين ، في هذه القرابة ، أولى .

الفرع الثاني :

نفقة الأقارب المستأمنين فيما بينهم

٤٠٥ ـ الظاهر من مذهب الحنفية وجوب النفقة للمستأمن على المستأمن في قرابة الأصول والفروع ، لأن وجوب النفقة في هذه القرابة ثبت بحق الولادة ومعنى الجزئية ، وهذا المعنى لا يختلف بالاسلام والكفر كما قالوا هم [٣] .

أما في غير قرابة الولاد ، القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للارث ، فالحنفية كما رأينا يقولون إن وجوبها بحق الإرث فلا تجب إذا انتفى الإرث . وحيث أن المستأمن ، عندهم ، يرث المستأمن ، إذا كانا من دار واحدة كما سيأتي في مبحث الميراث ، فيقتضي هذا أن مذهب الحنفية وجوب النفقة للمستأمن على المستأمن في قرابة غير الولاد المحرمة للنكاح إذا كان الإرث يجري بينهما ، بأن كانا من دار واحدة . اما اذا اختلفا داراً فلا إرث بينهما ولا نفقة .

أما الحنابلة ، فالشرط عندهم ، أن يكون المنفق وارثاً للمنفق عليه ، وحيث أن المستأمن ، عندهم ، يرث المستأمن اذا اتحدا ديناً ـــ ولا أثر لاختلاف الدار عند الحنابلة كما سيأتي بيانه في مبحث الميراث ـــ فيقتضي

(١) كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠١ .
(٢) فقرة ٣٩٧ ص ٤٧٢ من هذه الرسالة .
(٣) الكاساني جـ ٤ ص ٣٠ ، ٣٦ .

ذلك ان النفقة تجب عندهم للمستأمن على المستأمن اذا اتحدا ديناً .

والشافعية والشيعة الامامية يوجبون النفقة للمسلم على المستأمن وبالعكس في قرابة الولاد (١) فوجوب النفقة للمستأمن على المستأمن أولى ، وهذا هو مقتضى مذهبهم .

الفرع الثالث

نفقة الأقارب بين الذميين والمستأمنين

٤٠٦ — عند الحنفية لا تجب النفقة على الذمي للمستأمن وبالعكس في قرابة الأصول والفروع (٢) . ولكن الإمام الكاساني الحنفي لم يجعل اختلاف الدار بين الذمي والمستأمن مانعاً من وجوب النفقة بينهما في هذه القرابة . فعنده تجب النفقة بين الأصول والفروع مع اختلاف الدار ، وحجته في ذلك أن النفقة في هذه القرابة وجبت بحق الولادة ، وهذا المعنى لا يختلف باختلاف الدار (٣) . وقول الكاساني هو ما ارجحه في هذه المسألة وقد بينت دلائل الترجيح من قبل (٤) .

أما في غير قرابة الولاد ، فالحنفية يشترطون لوجوب النفقة اتحاد الدار بين المنفق والمنفق عليه ، لأن وجوب النفقة في غير قرابة الأصول والفروع إنما ثبتت بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين فلا نفقة (٥) .

---

(١) فقرة ٤٠٢ ص ٤٧٨ من هذه الرسالة .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ١ ص ٥٦٨ ، الزيلعي جـ ٣ ص ٦٣ ، المادة ٤١٦ من مجموعة قدري باشا : لا نفقة مع الاختلاف ديناً الا للزوجة والأصول والفروع الذميين فلا تجب على ... ولا على مسلم وذمي لابويه غير الذميين ولو كانا مستأمنين ، ولا على مستأمن لمسلمين او ذميين .

(٣) الكاساني جـ ٤ ص ٣٧ .

(٤) ص ٤٧٧ — ٤٧٨ من هذه الرسالة .

(٥) الكاساني جـ ٤ ص ٣٧ .

أما الحنابلة فالظاهر من مذهبهم وجوب النفقة بين الذمي والمستأمن، لأن الشرط عندهم ان يكون المنفق يرث المنفق عليه ، والذمي والمستأمن يتوارثان فيما بينهما اذا اتحدا ديناً ولا عبرة باختلاف الدار بينهما . وعلى هذا فالذمي تجب له النفقة على المستأمن وبالعكس اذا اتحدا ديناً وإن اختلفا داراً ، ولا نفقة بينهما اذا اختلفا في الدين .

ومذهب الشيعة الامامية وجوب النفقة بين الذمي والمستأمن في قرابة الأصول والفروع . ومذهب الشافعية كمذهب الشيعة الامامية[1] .

المطلب الثالث

ما عليه العمل في الوقت الحاضر في نفقات الأقارب

٤٠٧ ــ ذكرنا في المطلبين السابقين أقوال الفقهاء في أحكام نفقات غير المسلمين فيما بينهم ، وفيما بينهم وبين المسلمين ، وهذه الأحكام الفقهية يطبق منها أحكام الفقه الحنبلي في العربية السعودية .

أما في العربية المتحدة فإن أحكام المذهب الحنفي ، هي التي تحكم نفقات الذميين إذا اختلفوا ملة أو طائفة . اما اذا اتحدوا فيهما فإن أحكام شرائعهم الدينية هي التي تحكم نفقاتهم . ومن هذه الأحكام عند الأقباط الأرثوذكس : أن النفقة على الأب لولده الصغير الذي ليس له مال ، وللولد الكبير الفقير الذي لا يستطيع الكسب ، وللأنثى الكبيرة الفقيرة ما لم تتزوج . واذا كان الأب معدماً أو معسراً وجبت النفقة

(١) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٨ . وانما قلت ان مذهب الشافعية كمذهب الشيعة الامامية لأن الشافعية قالوا بوجوب النفقة في قرابة الاصول والفروع بين المسلم والكافر المعصوم وعكسه : مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٦ ــ ٤٤٧ ، والمستأمن عندهم كافر معصوم ، فقد جاء في حاشية البجيرمي جـ ٤ ص ١٢٩ : « الكافر المعصوم هو غير المرتد والحربي » . وعليه فوجوب النفقة بين الذمي والمستأمن ، وكلاهما كافر معصوم ، أولى .

على الأم اذا كانت موسرة فإن كانت هي معدمة أيضا فالنفقة على الجد والجدة لأب ثم على الجد والجدة لأم ، وعند عدم وجود الاصول او إعسارهم فالنفقة تجب على الأقارب [١] . وتجب النفقة على الولد الموسر ، كبيراً كان أو صغيراً ، ذكراً كان أو انثى ، النفقة لوالديه وأجداده وجداته الفقراء ولو كانوا قادرين على الكسب [٢] . ثم نصت المـادة ١٥٢ من قواعـد الأحوال الشخصية للأقبـاط الأرثوذكس على حـكم النفقات لسائر الأقـارب من غير الأصـول والفروع ، فقالت : « إذا لم يكن لمستحق النفقة اصول ولا فروع قادرين على الإنفاق عليـه فتجب نفقته على أقاربه على الترتيب الآتي : الأخوة والأخوات لأبوين ثم الأخوة والأخوات لأب ثم الاعمام والعمات ثم الأخوال والخالات ثم أبناء الأعمـام والعمات ثم أبنـاء الأخوال والخالات » .

وفي العراق يخضع الذميون في نفقات الأقارب لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨ لسنة ١٩٥٩ ولأحكام الفقه الاسلامي فيما لم ينص عليه . وقد نص هذا القانون ، في الباب السابع منه ، على نفقة الفروع والأصول والأقارب ، وخصص لذلك المواد من ٥٨ ـــ ٦٣ . فنص على أن نفقة الولد الذي لا مال له على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب ، وتستمر هذه النفقة الى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام الى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم . والإبن الكبير العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير [٣] . وعلى الولـد الموسر ، كبيراً كان أو صغيراً ، نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الأب إصراره على اختيار البطالة [٤] . ثم نصت المادة ٦٢ منه على حكم نفقات سائر الأقارب فقالت : « تجب نفقة كل فقير عجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه » .

---

(١) المواد من ١٤٧ ـــ ١٤٩ من قواعد الأحوال الشخصية للأقبـاط الأرثوذكس .

(٢) المادة ١٥١ من القواعد السابقة .

(٣) المادة ٥٩د من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(٤) المادة ٦١ من القانون السابق .

الفصل السابع

الوقف

تمهيـــــد :

٤٠٨ ــ الوقف في اصطلاح الفقهاء حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة إبتداءً وإنتهاءً أو إنتهاءً فقط . فمن الأول الوقف على الفقراء ، ومن الثاني وقف الانسان على ولـده ثم على الفقراء [١] . وقد ثبتت مشروعية الوقف بالسنة وعمل الصحابة [٢] .

ولصحة الوقف شروط : ــ (منها) أن يكون الواقف أهلاً للتبرع ، بأن يكون حراً بالغاً عاقلاً غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو لدين مستغرق لجميع ماله ، إلا أن السفيه يصح وقفه إذا وقف على نفسه ثم على جهة بر لا تنقطع [٣] . و (منها) أن يكون الوقف على الجهة الموقوف عليها قربة في ذاته وعند الواقف ، بمعنى أن الشريعة الاسلامية تعتبر الوقف على هذه الجهة براً وتقرباً الى الله تعالى كما أن الواقف يعتقد ذلك أيضاً ، كالوقف على الفقراء [٤] .

واقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول ــ للكلام عن وقف الذميين والوقف عليهم .

والمبحث الثاني ــ للكلام عن وقف المستأمنين والوقف عليهم .

---

(١) الوقف للأبياني ص ٣ ــ ٤ .

(٢) صحيح البخاري جـ ٥ ص ٢٦ ، مسلم جـ ٧ ص ٦٥ ، ابو داود جـ ٤ ص ١٥٦ ، الترمذي جـ ٦ ص ١٤٣ ، النسائي جـ ٦ ص ٢٣٠ ، ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٢ ، أبو داود جـ ٤ ص ١٥٦ ، مسلم جـ ٧ ص ٩٤ الترمذي جـ ٦ ص ١٤٣ ، والنسائي جـ ٦ ص ٢٣٣ ، ٢٥١ ، مسند احمد جـ ١٥ ص ١٨٠ .

(٣) الكاساني جـ ٦ ص ٢١٩ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٣٨ ، رد المحتار جـ ٣ ص ٤٩٧ ، الوقف للأبياني ص ٥ ــ ٧ ، والوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٥٧ وما بعدها .

(٤) الوقف للأبياني ص ١٦ ، الوقف تاليف الشيخ عشوب ص ٢٥ .

المبحث الأول

وقف الذميين

والوقف عليهم

اولا — مذهب الحنفية :

٤٠٩ — قال الأحناف ، الاسلام ليس بشرط في الواقف . فلو وقف ذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين لجاز وقفه [1] . ويكون الوقف في هذه الحالة على مساكين المسلمين أو مساكين أهل الذمة إلا اذا خص بوقفه مساكين أهل الذمة أو مساكين المسلمين أو مساكين أهل دين معين من أهل الذمة فيكون الوقف على من ذكرهم الواقف [2] . وكما يجوز وقف الذمي على الذمي أو على المسلم ، يجوز أيضاً وقف المسلم على الذمي [3] . إلا أن وقف الذمي على المستأمن لا يجوز كما لا يجوز وقف المسلم على المستأمن [4] .

والذمي فيما يشترطه في وقفه ، إذا كان الوقف صحيحاً ، بمنزلة المسلم فيما يشترطه من شروط . فما جاز للمسلم من شروط في وقفه جاز للذمي مثله في وقفه ، كشرط الزيادة والنقصان وإدخال من يريد الواقف إدخاله وإخراج من يريد إخراجه ونحو ذلك [5] .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٣٧ ، ترتيب الصنوف في احكام الوقوف لعلي حيدر ص ١٣٦ .

(٢) الوقف للخصاف ص ٣٣٥ — ٣٣٦ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٣٧ — ٣٨ المادة ٨٨ من قانون العدل والانصاف لقدري باشا .

(٣) الدر المختار جـ ٣ ص ٤٩٨ — ٤٩٩ ، ترتيب الصنوف لعلي حيدر ص ١٣٨ ، الوقف للشيخ عشوب ص ٢٧ .

(٤) ترتيب الصنوف لعلي حيدر ص ١٣٤ : يشترط ان لا يكون الموقوف عليه من رعايا دولة اجنبية ، وعليه لا يصح وقف المسلم ولا غير المسلم عقاره على من كان اجنبياً بتابعيته عن تابعية الواقف .

(٥) الوقف للخصاف ص ٣٤١ .

٤١٠ ـ شروط صحة وقف الذمي :

يشترط لصحة وقف أهل الذمة أن تكون الجهة الموقوف عليها قربة عندهم وعندنا ، كما لو وقف الذمي على الفقراء سواء كانوا فقراء أهل الذمة أو فقراء المسلمين ، وكالوقف على بيت المقدس . أما ما كان وقفه أو الوقف عليـه ليس بقربة عندنا وعندهم ، أو كان قربة عندنا لا عندهم ، أو كان قربة عندهم لا عندنا ، ففي جميع هذه الصور لا يصح الوقف من الذمي . فإذا وقف على قطاع الطريق أو على بيوت الدعارة فالوقف باطل ، لأنه ليس بقربة عندنا ولا عندهم . وكذلك إذا وقف الذمي على البيع والكنائس أو وقف داره لتكون كنيسة ، فالوقف غير صحيح لأنه وإن كان قربة عندهم إلا أنه ليس بقربة عندنا . وكذلك إذا وقف على مساجد المسلمين أو وقف داره لتكون مسجداً فالوقف لا يصح لأنه وإن كان قربة عندنا فليس هو قربة عندهم . إلا أنه إذا وقف على ما لا يصح الوقف عليه ثم جعل آخر وقفه لجهة برٍّ يصح الوقف عليها فالوقف في هذه الحالة صحيح ويكون وقفه على هذه الجهة التي سماها ابتداءً ، كما لو وقف على كنيسة واذا خربت يكون الوقف على الفقراء ، فالوقف في هذه الحالة يمكن تصحيحه بجعله على الفقراء إبتداءً ولا يكون للكنيسة منه شيء ، فيصح الوقف على هذا الاعتبار [1] .

فالشرط لصحة وقف الذمي أن يكون قربة عنـده وعندنا ، وهذا ما ذكره أئمة الحنفية كالخصاف وغيره ولم يذكروا فيه خلافاً بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه كالخلاف الذي ذكروه عنهم في وصايا الذميين ، حيث أن أبا حنيفة يرى أن الشرط لصحة وصايا الذميين ، فيما يدخل

---

(١) الوقف للخصاف ص ٣٣٦ ـ ٣٣٨ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٣٨ ، ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٩٧ ـ ٤٩٨ ، الوقف لعشوب ص ٢٧ ، الوقف للأبياني ص ١٦ ـ ١٧ ، ترتيب الصنوف ص ١٣١ ، المادة ٨٧ من قانون العدل والانصاف لقدري باشا .

في باب القربات ، أن تكون الوصية قربة عندهم سواء كانت قربة عندنا أو لم تكن . أما الصاحبان فيشترطان أن تكون وصاياهم قربة عندنا وعندهم . وقد نبه صاحب فتح القدير على هذا الخلاف فقال : « ومعلوم خلاف أبي حنيفة في الوصية ، فإنه إنما شرط أن يكون قربة عندهم ، فقال صاحب المحيط : الوقف كالوصية » (١) . ويرى استاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري : « أن أبا حنيفة جار في الوقف على أصله في الوصية ، وأن المدار فيهما عنده على ما يدين به أهل ملة الواقف » (٢) .

٤١١ ـ وقف الدهري :

الدهري هو الذي لا يؤمن بوجود الله تعالى ، فإذا كان الذمي دهرياً فهل يصح منه الوقف ؟ قلنا إن الشرط لصحة وقف الذمي ، عند الحنفية ، أن يكون قربة في معتقده وفي الشريعة الاسلامية ، فكيف يتأتى من الدهري إعتقاد القربة فيما يقفه وهو لا يؤمن بوجود الله تعالى ؟ سئل الإمام الخصاف عن وقف الزنديق ، والزنديق هو الذي لا يتدين بدين ، فلم يذكر فيه شيئاً صريحاً وإنما ذكر خلاف الحنفية في الذمي اليهودي أو النصراني أو المجوسي يتزندق ، فقال : قال بعض الحنفية أقره على ما اختاره من ذلك وأقر الجزية عليه ، وقال بعضهم لا أقره على الزندقة (١) . والظاهر أن جواب الخصاف ليس واضحاً وإن كان يستشف منه جواز وقف الزنديق ، ولكن كيف يتأتى من الزنديق اعتقاد القربة فيما يقفه وهو لا يتدين بدين ؟ وحتى إذا قيل بإمكان ذلك على فرض أنه يؤمن بوجود الله تعالى ، فكيف يتأتى اعتقاد القربة في الوقف من الدهري وهو لا يؤمن بوجود الله تعالى ؟ الذي يبدو لي ، ان وقف

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٣٨ .
(٢) القوانين المختارة من الفقه الاسلامي لاستاذنا الشيخ محمد فرج
(٣) السنهوري جـ ٣ ص ١٠٩ .
الوقف للخصاف ص ٣٤٢ .

الدهري لا يصح على مقتضى مذهب الحنفية لأن الشرط عندهم لصحة وقف غير المسلم هو كون الوقف قربة في معتقده وفي الشريعة الاسلامية، أو قربة في معتقده فقط على ما قيل انه مذهب أبي حنيفة كما ذكرنا ذلك .

ثانياً ــ مذهب غير الحنفية :

٤١٢ ــ عند الحنابلة والشافعية والمالكية والشيعة الامامية يجوز وقف الذمي على ذمي أو مسلم ، كما يجوز الوقف عليه من مسلم أو غير مسلم . وصرح الشافعية بجواز وقف الذمي على المستأمن خلافاً للحنفية ، واشترطوا لصحة الوقف على الذمي أن لا يظهر في الوقف قصد معصية ، فلو قال الواقف وقفت داري على خادم الكنيسة لم يصح وقفه .

واحتج الحنابلة وغيرهم على جواز الوقف على الذمي بأن هذا الوقف صلة ، وصلة الذمي جائزة . كما أنه قد روي أن صفية زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي ، ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم .

وشرط صحة وقف الذمي أن لا تكون الجهة الموقوف عليها جهة معصية في نظر الشريعة الاسلامية وإن كان الذمي يعتقدها جهة بر وقربة . وعلى هذا اذا وقف الذمي على بيعة أو كنيسة لم يصح وقفه . وعلل الحنابلة عدم الصحة بأن في جواز هذا الوقف إعانة للذمي على المعصية ، والإعانة على المعصية لا تجوز . وبأن القاعدة في الوقف هي : أن ما لا يصح من وقوف المسلمين لا يصح من أهل الذمة أيضاً . إلا أن الشيعة الامامية أجازوا وقف الذمي على البيع والكنائس اعتباراً باعتقاده ، وإن كان مثل هذا الوقف لا يصح من المسلم . أما إذا كانت الجهة الموقوف عليها قربة في الشريعة الاسلامية ولكنها ليست قربة في اعتقاد الذمي ، كالوقف على المساجد ، فهذا الوقف صحيح على مذهب الحنابلة والشافعية إعتباراً باعتقادنا لا باعتقاد الذمي . وعند المالكية تفصيل في

المسألة خلاصته أن الوقف على القربات الدينية في الشرع الاسلامي التي فيها منفعة دينية عامة كالمساجد ، لا يصح من غير المسلم . أما القربات الدنيوية كبناء القناطر وتسبيل الماء ونحو ذلك ، فإن وقف الذمي عليها صحيح ، فكأن المالكية يذهبون مذهب الحنفية [١] .

٤١٣ ــ وقف الذميين في الجمهورية العربية المتحدة :

جاء في المادة (٧) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ما ياتي :

« وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية » ؛ فهذه المادة بينت حكم الوقف من غير المسلم من ناحية الموقوف عليه ومن ناحية ما يعتقده الواقف غير المسلم من قربة فيما يقفه . أما ما عدا ذلك فإن وقف غير المسلم كوقف المسلم في خضوعه لأحكام هذا القانون ولما تطبقه المحاكم المختصة في مسائل الوقف [٢] .

فوقف الذمي ، بموجب هذه المادة ، يكون باطلاً إذا كان وقفه على جهة يعتبر الوقف عليها محرماً ومعصية في شريعة الواقف وفي الشريعة الاسلامية كما لو وقف الذمي اليهودي أو المسيحي على بيوت الدعارة والفجور ، لأن الوقف على هذه الجهات محرم في جميع الأديان . أما فيما عدا هذه الحالة فإن وقف الذمي صحيح سواء كان الوقف على الجهة التي عينها الواقف يعتبر قربة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية ،

---

(١) المغني جـ ٥ ص ٥٨٧ ــ ٥٨٩ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٤٣ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤٨٣ ــ ٤٨٤ ، فتح العزيز جـ ٧ ص ١٨١ ــ ١٩٢ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٦ ــ ٣٨٠ ، حاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٢٠٣ ، شرح الخرشي وحاشية العدوي جـ ٧ ص ٨٠ ــ ٨٢ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٧٧ــ٧٩ ، شرح اللمعة جـ ١ : «يجوز الوقف على اهل الذمة» . جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « يجوز الوقف من الذمي .. اما لو وقف الكافر على البيع والكنائس جاز بلا خلاف اجده فيه » ، المختصر النافع ص ١٨١ ، شرح الأزهار جـ ٣ ص ١٦٢ .

(٢) القوانين المختارة من الفقه الاسلامي لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري جـ ٣ ص ١٠٣ ــ ١٠٤ .

كما لو وقف على المستشفيات أو على بيت المقدس أو على الفقراء ، أو كان قربة في احداهما فقط كالوقف على البيع والكنائس أو على المساجد • •

ويلاحظ هنا أن المراد من شريعة غير المسلم هو ما كان شائعاً من دينهم متفقاً عليه فيما بينهم ، سواء وردت به شريعتهم أو لم ترد ، حقاً كان أو باطلاً ، ولكن لو شاع بينهم ما هو مخالف لشريعتهم فلا يعتبر منها • كما ان المراد من كون الجهة الموقوف عليها محرمة في الشريعة الاسلامية هو أن يكون هذا التحريم متفقاً عليه في المذاهب الاسلامية التي يعتقد بها المسلون ، فإن لم يكن هذا التحريم إلا في بعض المذاهب الاسلامية لم تعتبر الجهة هنا محرمة في الشريعة الاسلامية في نظر هذه المادة • وأخيراً فإن هذه المادة تطبق على وقف غير المسلم الذي لــه شريعة ، أما من ليس له شريعة كالزنديق والدهري فلا تنطبق على وقفه ، وإنما يخضع للأحكام الراجحة من مذهب أبي حنيفة [١] •

ويلاحظ أن الوقف الذري ، الأهلي ، قد ألغي بموجب المادة الأولى من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ والتي نصت على انه : « لا يجوز الوقف على غير الخيرات » • وبهذا لم يعد جائزاً الوقف على أشخاص معينين بأسمائهم أو بأوصافهم • فلابد لجواز الوقف أن يكون على جهة بر ، لا تنقطع ، ابتداء [٢] •

٤١٤ — وقف الذميين في العراق :

مسائل الوقف في العراق محكومة بالفقه الحنفي سواء كانت من أوقاف المسلمين أو من أوقاف غير المسلمين [٣] • وعلى هذا فما ذكرناه

---

(١) المرجع السابق ص ١٠٤ — ١٠٦ •
(٢) الوقف من الناحية النظرية والتطبيقية لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٨٠ •
(٣) احكام الأوقاف للاستاذ محمد شفيق العاني ، رئيس محكمة تمييز العراق ص ٨ •

أحكام في مسائل الوقف بالنسبة للذميين ، طبقاً للمذهب الحنفي ، هي التي تطبق على أوقاف الذميين في العراق . ويلاحظ هنا أن الوقف الذري في العراق تجوز تصفيته بالبيع وتقسيم الثمن على المستحقين في هذا الوقف ، طبقاً لمرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥ .

المبحث الثاني

وقف المستأمنين

والوقف عليهم

٤١٥ — قال الحنفية : المستأمن في دار الاسلام يجوز له من الوقف ما يجوز للذمي ، فلو اشترى المستأمن داراً ووقفها صح وقفه ولا يبطل برجوعه الى دار الحرب ولا بموته في دار الاسلام ولا برجوعه عن وقفه [1] . ويترتب على هذا الأصل أن ما يشترط لصحة وقف الذمي يشترط لصحة وقف المستأمن . فلابد أن تكون الجهة الموقوف عليها قربة في الشريعة الاسلامية وفي شريعة الواقف المستأمن . كما أن للمستأمن أن يشترط من الشروط في وقفه ما يجوز للذمي أن يشترطه في وقفه على النحو الذي ذكرناه في وقف الذمي .

ويلاحظ هنا أن إطلاق قول الحنفية بجواز وقف المستأمن ، يشمل المستأمن الكتابي وغيره كالدهري . وحيث أن الدهري لا يتدين بدين بل ولا يعتقد بوجود الله تعالى فلا يمكن أن يتأتى منه إعتقاد القربة فيما يقفه ، وهذا الاعتقاد شرط لصحة وقفه كما هو شرط صحة وقف الذمي . وعليه يبدو أن وقف المستأمن الدهري لا يصح على مقتضى

---

(١) الخصاف ص ٣٣٢ .

مذهب الحنفية •

اما الوقف على المستأمن ، فقد قلنا — في بحث وقف الذمي — ان الذمي لا يجوز له الوقف على المستأمن كما لا يجوز وقف المسلم عليه [١] • والظاهر عدم جواز وقف المستأمن أيضاً على المستأمن •

٤١٦ — ومذهب الشافعية أن المستأمن في الوقف كالذمي حتى أنه يصح الوقف عليه ، كما يصح الوقف منه حتى لمسجد اعتباراً باعتقادنا لا باعتقاده كما هو الحكم عندهم بالنسبة للذمي [٢] •

ويبدو أن المستأمن إذا كان دهرياً فإن وقفه يصح متى كانت الجهة الموقوف عليها جهة بر وقربة في الاسلام • لأن المنظور اليه عند الشافعية هو أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة بر وقربة في الشريعة الاسلامية أو على الأقل ألا تكون جهة معصية ، ولا اعتبار باعتقاد الواقف •

والحنابلة والمالكية وإن لم يصرحوا بحكم وقف المستأمن، ولكن الظاهر أن المستأمن عندهم في باب الوقف كالذمي لأن كلاً منهما غير مسلم ، ويصح تصرفه فيما يملكه [٣] •

---

(١) ص ٤٨٥ من هذه الرسالة .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٦ — ٣٧٧ : « شرط الواقف صحة عبارته .. دخل في ذلك الكافر فيصح منه ولو لمسجد وان لم يعتبره قربة اعتباراً باعتقادنا » . وحاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٢٠٣ : « يصح الوقف على ذمي وكذا على أهل الذمة ، والمعاهد والمستأمن اذا دخل دارنا بأمان » .

(٣) عرف الحنابلة الوقف بانه تحبيس مالك بنفسه او وكيله مطلق التصرف ، وهو المكلف الحر الرشيد ، ماله المنتفع به مع بقاء عينه : كشاف القناع ص ٤٤٠ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤٧٨ • وعرف المالكية الوقف بانه جعل المالك منفعة مملوك له لمستحق بعينه الواقف : الشرح الصغير للدردير وبلغة السالك جـ ٢ ص ٢٧٤ • ومعلوم ان المستأمن كالذمي يصح أن يكون مالكاً فيصح ان يكون واقفاً أيضاً . وجاء في الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٧٨ — ٧٩ : « وبطل — اي الوقف — من كافر ولو ذمياً لكمسجد ورباط من كل منفعة عامة دينية » . وكلمة كافر تصدق على الذمي والمستأمن •

٤١٧ — وقف المستامن في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العربية المتحدة نصت المادة ٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ : « وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية » • وكلمة غير مسلم بعمومها تصدق على الذمي والمستأمن • وعلى هذا فما قلنا بصدد هذه المادة ، في مبحث وقف الذمي في العربية المتحدة ، يقال هنا أيضاً • فتنطبق هذه المادة والأحكام الخاصة بالوقف على وقف المستأمن كلما كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري « العربي » •

وفي العراق تخضع مسائل الوقف لأحكام المذهب الحنفي ، كما قلنا • والأحناف يجيزون وقف المستأمن • وتطبق على وقوف المستأمنين أحكام هذا المذهب كلما كان القانون الواجب التطبيق هو القانون العراقي •

الفصل الثامن

الوصية والميراث

تمهيـــد :

٤١٨ ــ الوصية والميراث يجمعهما معنى واحد هو أن كلاً منهما تصرف على وجه البر في مال الانسان ، وإن اختلفا في أن الميراث برٌ للأقربين بعد الموت بمقتضى وصية الله ، والوصية تصرف على وجه البر مطلقاً مضاف الى ما بعد الموت بمقتضى وصية الانسان نفسه [١] . ولهذا آثرت جعل الوصية والميراث في فصل واحد اقسمه الى مبحثين :

المبحث الأول ــ الكلام عن الوصية .

المبحث الثاني ــ للكلام عن الميراث .

المبحث الأول

الوصيـــة

تمهيـــد :

٤١٩ ــ الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت [٢] . وعرفها قانون الوصية المصري « العربي » رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ : الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت [٣] . والتعريف الأول ، وهو ما ذكره فقهاء الأحناف ، لا يشمل بعض صور الوصية التي جاء بها القانون ،

---

(١) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٦ .

(٢) الدر المختار جـ ٥ ص ٥٦٨ .

(٣) المادة الأولى منه . وعرفها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بمثل تعريف قانون الوصية المصري « العربي » .

ومنها الوصية بإبراء الكفيل من الكفالة ، وكالوصية بتأجيل الدين ، وبيع عين معينة من التركة لشخص معين بثمن معلوم . فقد أخذ قانون الوصية المصري « العربي » بهذه الصور من الوصية تيسيراً على الناس في معاملاتهم واستناداً الى أقوال بعض الفقهاء . وعلى هذا لا تكون الوصية تمليكاً فقط ، وإنما تكون غير هذا أيضاً . فقد تكون صدقة ، كما إذا أوصى لجهة من جهات الخير ، وقد تكون إيثاراً وتفضيلاً وبراً كأن يوصي ببيع شيء معين من تركته لشخص معين بثمن معين [١] .

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع . فمن الكتاب قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » [٢] . ومن السنة ما روي أن سعد بن أبي وقاص مرض ، فزاره النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله أوصي بجميع مالي ؟ فقال : لا . فقال بثلثي مالي ؟ قال : لا . قال فنصف مالي ؟ قال : لا . قال فبثلث مالي ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : الثلث ، والثلث كثير . إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس [٣] . وقد إنعقد الاجماع على جواز الوصية [٤] .

وأتكلم في المطلب الأول من هذا المبحث عن الوصية بالنسبة للذميين ، ثم أتكلم في المطلب الثاني عن الوصية بالنسبة للمستأمنين

---

(١) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) سورة النساء جـ ٤ ، الآية ١٢ .

(٣) البخاري جـ ٥ ص ٦ ، مسلم جـ ٢ ص ٨٣ ، ابو داود جـ ٤ ص ١٤٥ الترمذي جـ ٨ ص ٢٦٨ ، النسائي جـ ٦ ص ٢٤١ ، احمد جـ ١٥ ص ١٨٣ ، مسند الشافعي جـ ٢ ص ٢٢٢ .

(٤) الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٠ .

المطلب الأول

الوصية بالنسبة للذميين

أولا ـ مذهب الحنفية :

٤٢٠ ـ قال الحنفية : لا يشترط في الموصي أن يكون مسلماً حتى لو أن ذمياً أوصى لمسلم صحت وصيته . لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك ، ألا يرى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته [١] . وكذلك لا يشترط في الموصى له أن يكون مسلماً ، إلا أنه يشترط ألا يكون حربياً غير مستأمن . وعلى هذا إذا أوصى مسلم لذمي صحت الوصية [٢] . لأن الله سبحانه وتعالى ما نهانا عن بر الذميين ، قال تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » . فالآية الكريمة لم تنه المسلمين عن بر الذميين ، والوصية لهم بر فكانت غير منهي عنها [٣]. فللذمي أن يوصي لمسلم أو لذمي ، وسواء أوصى الذمي لذمي من أهل ملته أو من غير أهل ملته ، فوصيته صحيحة لأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الإختلاف بيننا وبينهم ، وقد جازت الوصية بيننا وبينهم فلأن تجوز بين الذميين ، ولو اختلفت مللهم ، أولى [٤] .

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٣٤١ .

(٣) الهداية وشرح العناية جـ ٨ ص ٤٢٩ . أما الوصية للحربي فانها لا تجوز على راي الأحناف والشيعة الامامية لأن الوصية لهم بالمال اعانة على محاربتنا . وتجوز على رأي احمد بن حنبل ومالك وأكثر أصحاب الشافعي ، وقاسوا ذلك على الهبة له ، كما احتجوا بالأثر وفيه صلة أسماء لامها لما جاءتها من مكة ولم تكن مسلمة . اما المانعون فقد احتجوا بآية : لا ينهاكم الله .. الخ . : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٣٦ .

(٤) الكاساني جـ ٧ ص ٣٤١ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٦١٠ .

ووصية المستأمن للذمي تجوز [١] . أما وصية الذمي للمستأمن فكذلك تجوز ، في ظاهر الرواية عند الحنفية ، لأنه في عهدنا فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا . كما أن المستأمن في المعاملات ، ما دام في دارنا ، كالذمي ، والوصية تجوز للذمي فكذا للمستأمن [٢] . وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لا تجوز للمستأمن لأن فيها إعانة له ، لأنه من أهل الحرب حكماً ، وإعانة الحربي لا تجوز [٣] . والقول بالجواز على ما جاء في ظاهر الرواية ، هو القول الأظهر في المذهب الحنفي [٤] . وتجوز وصية الذمي للذمي بالخمر والخنزير لأنهما مال متقوم في حقهم كالخل والشاة في حقنا . أما المسلم فلا تجوز وصيته بهما للذمي كما لا تجوز وصية الذمي بهما للمسلم ، لأن الخمر والخنزير محرمان على المسلم ، وليسا من الأموال المتقومة في حقه ، ومن شروط صحة الوصية ان يكون الموصى به مالاً متقوماً [٥] .

وحيث أن الذمي في الوصية كالمسلم ، إلا فيما يخص الوصية بالخمر والخنزير ، فلا يجوز للذمي أن يوصي بأكثر من الثلث إلا إذا أجاز وصيته الورثة . وكذلك لا تنفذ وصيته لبعض ورثته إلا إذا أجازها بقية الورثة كما هو الحكم بالنسبة للمسلمين . لأن الذميين التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، ومن هذه الأحكام عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث وعدم نفاذها للوارث إلا إذا أجازها

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥ ، المادة ٥٤٢ من مجموعة قدري باشا : « .. فتجوز الوصية من المسلم للذمي وللمستأمن بدار الاسلام ، ومن الذمي والمستأمن للمسلم والذمي ولو من غير أهل ملته » .

(٢) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٨٨ : « وصية الذمي للحربي المستأمن بالثلث تكون صحيحة » . الكاساني جـ ٧ ص ٣٤١ ، الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ .

(٣) الكاساني جـ ٧ ص ٣٤١ ، الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ .

(٤) الدر المختار جـ ٥ ص ٦١١ .

(٥) الكاساني جـ ٧ ص ٣٥٢ .

بقية الورثة [1] .

٤٢١ ـ ثانيا ـ مذهب الحنابلة والشافعية :

تصح الوصية من المسلم للذمي لما روي أن صفية بنت حيي رضي الله عنها أوصت لأخيها اليهودي بألف دينار ، ولأن الهبة تجوز للذمي فتجوز الوصية له كالمسلم . إلا أنه لا تصح الوصية للذمي بما لا يصح تملكه له كالعبد المسلم . وكما تصح وصية المسلم للذمي تصح وصية الذمي للمسلم وللذمي أيضاً . وكذلك تصح وصية المسلم أو الذمي للمستأمن بل وحتى للحربي في دار الحرب . واحتجوا لجواز الوصية للحربي وللمستأمن بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى حلة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فبعثها عمر الى أخ له مشرك بمكة ، ومكة يومئذ دار حرب . واحتجوا أيضاً بما روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها وصلت أمها المشركة لما جاءتها ، وكانت حربية ، بعد أن سألت أسماء رسول الله صلى الله عليه وسلم عن جواز صلتها ، فأجاز لها ذلك . فدل هذا الخبر على جواز صلة الحربي ، والوصية صلة فتجوز له أيضاً .

ويخضع الذمي في وصيته للأحكام التي يخضع لها المسلم . فلو أوصى لوارثه أو أوصى لأجنبي بأكثر من الثلث وقف ذلك كله على إجازة الورثة ، كما هو الحكم بالنسبة لوصية المسلم [2] .

٤٢٢ ـ ثالثاً ـ مذهب المالكية :

عند المالكية تصح وصية الكافر للكافر أو للمسلم بما يصح تملكهما

---

(١) الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤٣٦ : « وصية الذمي فيما زاد على الثلث لا تجوز » . الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ١٠٣ ـ ١٠٤ ، المهذب جـ ١ ص ٤٥٧ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٤ ، فتح العزيز جـ ٥ ص ٩ ، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ ، ٤٣ .

له . فتصح وصية الكافر للكافر بالخمر ولا تصح للمسلم ، لأن غير المسلم له أن يتملك الخمر ولا يجوز ذلك للمسلم [١] . وقولهم بجواز الوصية من الكافر وللكافر يفيد جواز وصية المسلم للذمي وللمستأمن وبالعكس ، كما يفيد جواز وصية الذمي المستأمن وبالعكس لعموم كلمة كافر . وقد صرحوا بجواز الوصية للذمي وعللوا هذا بأنه يصح تملكه [٢] ، والمستأمن يصح تملكه أيضاً فتصح الوصية له [٣] .

٤٢٣ ـ رابعاً ـ مذهب الظاهرية :

وعند الظاهرية تجوز الوصية للذمي حتى قال ابن حزم : « لا نعلم في هذا خلافاً ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل ذي كبد رطبة أجر » [٤] ، ويفهم من كلام ابن حزم انه يجيز الوصية للمستأمن بل وحتى للحربي .

٤٢٤ ـ خامساً ـ مذهب الشيعة الامامية :

وعند الشيعة الامامية تجوز وصية المسلم أو المستأمن للذمي ، كما تجوز وصية الذمي للمسلم والذمي والمستأمن [٥] .

---

(١) شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٦٨ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٤٢٣ ، الحطاب جـ ٦ ص ٣٦٥ .

(٢) شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٧٠ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٤٢٦ .

(٣) في مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٣٦٥ : « وظاهر كلامهم ان وصية الكافر تصح للكافر مطلقاً ذمياً كان أو حربياً ، ولم أر من صرح به » .

(٤) المحلى جـ ٩ ص ٣٢٣ .

(٥) شرح اللمعة جـ ٢ : « وتصح الوصية للذمي وان كان اجنبياً بخلاف الحربي وان كان رحماً لاستلزامها المودة المنهى عنها » . وجواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « تصح الوصية للذمي ، وفي الوصية للحربي تردد وخلاف ، أظهره المنع » . والأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٣٣ ـ ١٣٤ : « اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية ، فتجوز الوصية من المسلم للذمي والمستأمن بدار الاسلام ، ومن الذمي والمستأمن للمسلم والذمي ولو من غير ملته » . والمختصر النافع ص ١٨٧ .

٤٢٥ ـ سادساً ـ مذهب الزيدية :

جاء في شرح الأزهار في فقه الزيدية : « وتصح الوصايا بين أهل الذمة إذا كانت فيما يملكون ... ولو أوصى أهل الذمة لكنيسة أو لبيعة بشيء لم يمنعوا من تنفيذه لتقريرهم على شرائعهم . وتصح الوصية من المسلم للذمي وإن لم يكن معيناً ، وكذا العكس . « تصح وصية الذمي للمسلم » . ومفهومه انها لا تصح للكافر الحربي .. والمستأمن كالذمي » [١] .

وفي البحر الزخار وهو يحكي فقه الزيدية : « وتصح لأهل الذمة إجماعاً لقوله تعالى : لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين .. الآية ولا تصح للحربي ولو بغير السلاح لقوله تعالى : إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين .. الآية » [٢] . وفيه أيضاً : « وتصح بين أهل الذمة فيما يملكون ، ولو خمراً لصحة تصرفهم فيه ... وتصح منهم لكنائسهم وبيعهم في خططهم لأنهم أقروا على ذلك » [٣] .

فهذه النصوص من فقه الزيدية صريحة في جواز وصية الذمي وجواز الوصية له ، وقد ذكرتها نصاً ، لأنه ورد في تتمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، في فقه الزيدية ، ما يدل على ان الوصية لا تجوز عند اختلاف الدين بين الموصي والموصى له ، وهذا نص كلامهم :ـ

« حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال : لا وصية لقاتل ولا لوارث ولا لحربي » [٤] . وجاء في شرح هذا الخبر :

« قوله ولا لحربي » هذا هو الموافق لقياس الوصية على الميراث

---

(١) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩ .
(٢) البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٠٩ .
(٣) البحر الزخار جـ ٥ ص ٣١١ .
(٤) تتمة الروض النضير « ويسمى الجزء الخامس » ص ١٠٧ .

اذ وجــه شرعيتها بالنظر الى القريب واحــدة وهي صلة الرحامة ، وقد عرفت أن الرحم بالبر والصلة أولى ، وأن الميراث بدل عن الوصية لذي الرحم وأن آيات المواريث إنما بينت من هو الأولى بتلك الصلة عند الممات وكم يستحق كل واحد منهم عند الإجتماع بآخر منهم والانفراد عنه ... الخ وبهذا تعرف استواءهما في وجه الاستحقاق فيكون وجه الإمتناع واحداً . فإذا امتنع توريث واحد منهم لكفره لحديث اسامة المتفق عليه انه «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» امتنع الإيصاء له واذا امتنع الايصاء للقريب لكفره امتنع لغيره بالأولى ، وهذا الدليل عام لعموم المقيس عليه لكل كافر حربي أو ذمي ، ولا يصلح ما رواه البيهقي من حديث عكرمة أن صفية قالت لأخ لها يهودي أسلم ترثني فرفع ذلك الى قومه فقالوا أتبيع دينك بالدنيا ؟ فآبى أن يسلم فأوصت له بالثلث . والوجه الذي امتنع توريثه لأجله هو الوجه الذي يمتنع به الإيصاء له . ولو كان المخلف من قرابة المسلم أبويه ذميين أو أحدهما امتنع الايصاء لهما أو لأحدهما فلا يصح ذلك تخصيصاً من عموم الحكم المانع للايصاء لهما أو لأحدهما بقوله تعالى : « وصاحبهما في الدنيا معروفاً» لأن المصاحبة قد انقطعت بالموت والحكم المستفاد من القياس أخص من المستفاد من قوله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم ... الآية » فيقتصر عموم جواز البر بهم على كونه في الدنيا وذلك هو وجه بناء العام على الخاص . وأيضاً غير الوالدين أولى بانقطاع المصاحبة بالموت فيكون جواز البر بغيرهم المستفاد من آية « لا ينهاكم الله » مقيداً بكونه في الدنيا . فإن قلت العبرة بحياة المبر به الأبوين وبه يحصل الثواب للمبر بهما من الأولاد ، قلت : لو جاز ذلك لجاز قياس سائر الأقارب لوجود العلة الجامعة بين الأبوين وأولاد الميت واخوته ... الخ وكون الأبوين أولى بالبر لا يمنع جواز بر غيرهما لإمكان الجمع ولو جاز

ذلك لما امتنع توريث الكافر من القرابة لما عرفت أن وجه شرعيتهما واحد ، وأن كلاً منهما صلة عند الممات . لذلك فيتعين قصر جواز البر بالكافر قريباً أو غير قريب بكونه في حال حياة كل من المبِر والمبَر وذلك واضح لا يخفى » [1] .

وخلاصة هذا الرأي أن الوصية كالميراث ، وأن الميراث بدل عن الوصية للأقارب ، فكما لا يجوز الميراث للقريب لكفره ، لا تجوز أيضاً الوصية للقريب لكفره . واذا امتنعت الوصية للقريب الكافر امتنعت للأجنبي الكافر بالأولى . وإن البرّ بالوالدين وبمن لم يقاتلونا في الدين إنما يجوز في حال حياة المبر لا بعد موته . ومقتضى هذا القول عدم جواز الوصية عند اختلاف الدين كما لا يجوز الإرث ، فلا تجوز وصية مسلم لذمي ولا العكس ، وتصح وصية الذمي لمثله .

٤٢٦ — القول الراجح :

وقول الجمهور هو الراجح . أما ما ذهب اليه الزيدية — على ما جاء في تتمة الروض النضير — فضعيف ومردود بما يأتي :

١ — ان نص الأثر المروي عن زيد بن علي هو : « لا وصية لحربي » . والحربي غير الذمي ، فينبغي أن يقصر قوله على الحربي دون الذمي .

٢ — قولهم ان سبب شرعية الوصية والميراث واحد ، وهو صلة الرحم ، مردود بأن الوصية قد تكون لأجنبي ، فليست هي مختصة بذي الرحم . وحتى لو كان الأمر كما قالوا فلا يعني ذلك أن حكم الميراث والوصية واحد ، لأن الميراث خلافة جبرية بحكم الشرع بسبب القرابة ولا دخل لارادة الفرد فيها . أما الوصية فهي تمليك للغير بإرادة الموصي لا بسبب القرابة .

٣ — القول بأن الميراث بدل عن الوصية ، اذا صح ، فهو بالنسبة

---

(١) تتمة الروض النضير ص ١١٦ .

للورثة . أما الوصية للأجانب فلم يأت بدلها شيء فتبقى جائزة سواء أكان الأجانب مسلمين أم غير مسلمين . وأيضاً ، ان قولهم : الميراث بدل عن الوصية لذي الرحم . إن صح فليس هو على عمومه فقد روي عن جماعة من العلماء من السلف أنهم قالوا : نسخ وجوب الوصية بالنسبة للوالدين والأقربين الذين يرثون ، ولم تنسخ الوصية بالنسبة لمن لا يرث من الأقارب والوالدين (١) . وهذا ما رجحه الإمام الطبري في تفسيره وحكاه عن مسروق والضحاك وقتادة وابن عباس والحسن وغير واحد من السلف (٢) . فتكون الوصية ، لمن لا يرث من الأقارب جائزة ، إن لم تكن واجبة كما قال الإمام ابن حزم (٣) .

٤ — إن الحديث الشريف « لا يرث المسلم الكافر والكافر المسلم » منع التوارث عند اختلاف الدين ولم يمنع الوصية عند اختلاف الدين .

٥ — إن امتناع الإرث بسبب اختلاف الدين إنما كالا لانقطاع الولاية لأن الارث مبني على الولاية ، أما الوصية فليست مبنية على الولاية فلا يؤثر في جوازها اختلاف الدين .

٦ — الوصية تمليك ، وللمسلم أن يملك ماله من يشاء ، من مسلم أو كافر ، لأن تمليك الكافر جائز غير ممنوع إذ هو من أهل التملك ، فتجوز له الوصية كما تجوز له الهبة .

٧ — ردهم الإحتجاج بآية « لا ينهاكم ... الآية » بقولهم ان هذا ، أي برهم ، إنما هو في الحياة الدنيا ، قول ضعيف . لأن برّ غير

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٤ .

(٢) تفسير الطبري جـ ٢ ص ١١٥ — ١١٨ .

(٣) المحلى جـ ٩ ص ٣١٤ : « وفرض على كل مسلم ان يوصي لقرابته الذين لا يرثونه اما لرق واما لكفر . برهان ذلك قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » .

المسلم بالوصية إنما يكون في الحياة الدنيا بسبب وصية المسلم له وهو في قيد الحياة ، ولكن لا يظهر أثر الوصية بالنسبة للموصى له إلا بعد موت الموصي ، وهذا لا ينفي أن سبب هذا البر كان في حياة الموصي ، وبالتالي يكون براً للموصى له في حياة الموصي ، فينبغي ، إذن ، أن يجوز على مقتضى مذهب الزيدية على ما جاء في تتمة الروض النضير .

٤٢٧ ــ وصايا الذميين بالقربات :

ما ذكرناه في الفقرات السابقة عن المذاهب الاسلامية في وصايا الذميين إنما هو في الوصية لمعين التي يراد بها التمليك والصلات الشخصية . أما وصايا الذميين بالقربات فإن فيها تفصيلاً واختلافاً بين الفقهاء ، نوجز القول فيه على النحو التالي :

أولا ــ مذهب الحنفية :

يقسم الحنفية وصايا الذميين بالقربات الى أربعة أقسام :

١ ــ وصية الذمي لجهة تعتبر قربة في الشريعة الاسلامية وفي ديانته . كما لو أوصى بثلث ماله للتصدق به على فقراء المسلمين أو فقراء أهل الذمة . فهذه الوصية جائزة باتفاق الحنفية ، ووجه جوازها واضح لأنها قربة في الاسلام وفي ديانة الذمي . وتجوز هذه الوصية سواء كانت لقوم معينين أو غير معينين .

٢ ــ وصية الذمي لجهة تعتبر معصية في الاسلام وفي معتقده . كما لو أوصى للمؤسسات أو بيوت المنكر والفسق . فهذه الوصية باطلة باتفاق الأحناف ، لأنها معصية في حقنا وحقهم ، إلا أن تكون لقوم بأعيانهم فتصح تمليكاً لهم من الثلث ، فإن لم يكونوا معينين فلا تصح على وجه التمليك لهم ، لأن التمليك من المجهول لا يصح ، ولا يمكن تصحيحها على وجه القربة لأنها معصية عند الكل .

٣ ــ وصية الذمي لجهة تعتبر قربة في الاسلام وليست قربة في

دين الذمي . كما لو أصى ببناء مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين . فهذه الوصية باطلة باتفاق الأحناف نظراً الى اعتقاد الذمي ، إلا إذا كانت الوصية لقوم بأعيانهم كما لو أوصى ببناء مسجد لقوم معينين ، فإنهـا تصح لوقوع ما.أوصى بـه تمليكاً لهم لأنهم معلومون ، ويعتبر ما ذكره الموصي ، في وصيته ، على سبيل الإرشاد لا الإلزام ، فلهم أن يفعلوا بالموصى به ما يريدون لأنه ملكهم .

٤ ـ وصية الذمي لجهة تعتبر قربة في دينه وليست قربة في شرع الاسلام . كما أوصى للاديرة والكنائس ، أو أوصى ببناء كنيسة لأهل دينه أو مذهبه . فهذه الوصية ، إن كانت لقوم معينين فهي جائزة ، لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك ، وللدمي ولاية التمليك ، فأمكن تصحيح وصيته بهذا الإعتبار . ولهم أن يفعلوا بالموصى به كما يريدون لأنه ملكهم . أما اذا كانت هذه الوصية لقوم غير معينين فقد اختلف الحنفية : فعند أبي حنيفة تجوز هذه الوصية ، وقال الصاحبان لا تجوز . وحجة أبي حنيفة هي أن هذه الوصية قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، فتجوز هذه الوصية بناء علي اعتقادهم ، لأن المنظور اليه في صحة وصاياهم هو ما كان قربة عندهم ، ولهذا اذا أوصى الذمي بما هو قربة عندنا لا عندهم ، كالوصية بالحج ، لم تصح وصيته بالإتفاق ، فدلّ ذلك على أن المعتبر هو ما كان قربة عندهم لا عندنا . وحجة الصاحبين هي أن هذه الوصية معصية حقيقة وإن كانت في معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة لأن في تنفيذها إعانة عليها ، وهذا لا يجوز [1] .

(١) الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤٣٦ ، الهداية جـ ٨ ص ٤٨٧ ، الكاساني جـ ٧ ص ٣٤١ ، شرح الكنز للزيلعي جـ ٦ ص ٢٠٥ ، شرح الكنز للافغاني جـ ٣٢٥ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٧١٦ ـ ٧١٧ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٦١٠ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٢٤ ، ٣٣٢ ، ٣٣٤ .

ثانياً — المذاهب الأخرى :

ذهب الشافعية والحنابلة الى أن الوصية إذا كانت لغير معين فيشترط لصحتها ألا يكون الموصى له جهة معصية في الشريعة الاسلامية ، كالوصية للكنائس ، سواء كان الموصي مسلماً أو غير مسلم . ولكن لو أوصى الذمي ببناء بيت لنزول المارة فيه من أهل الذمة أو المستأمنين جازت الوصية لعدم المعصية فيها . وتصح وصية الذمي لجهة تعتبر قربة في الاسلام وإن لم يعتقدها الذمي قربة ، كما لو أوصى بإنشاء مسجد للمسلمين ، وهذا ما صرح به الشافعية . وهو مقتضى مذهب الحنابلة ، لأنهم يبطلون وصية الذمي إذا كانت لجهة تعتبر معصية في الاسلام ، ومعنى ذلك أنهم يجيزون وصيته اذا كانت لجهة تعتبر قربة في الاسلام وإن لم يعتقدها هو قربة [1] .

ومذهب الظاهرية والشيعة الامامية كمذهب الشافعية والحنابلة ، لأنهم لا يجيزون الوصية لجهة هي معصية في نظر الشريعة الاسلامية مسلماً كان الموصي أو غير مسلم [2] . وهذا هو مذهب المالكية أيضاً ، على ما يظهر [3] ، وإن كان في مذهبهم قول بالجواز [4] .

---

(١) المغني جـ ٦ ص ١٠٥ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٥٦١ ، فتح العزيز جـ ٩ ص ٤ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ ، ٤٢ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٤ — ٥ ، شرح منهج الطلاب جـ ٣ ص ٢٦٨ ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع جـ ٢ ص ٦١ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ٣٢٧ : « ولا تحل وصية في معصية لا من مسلم ولا من كافر ، كمن أوصى ببنيان كنيسة أو نحو ذلك ، لقول الله تعالى : ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » . جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ : « لو أوصى الذمي ببناء كنيسة أو بيعة او غير ذلك معبداً لهم ومحلاً لصلواتهم ونحوها ، ورجع الأمر الينا لم يجز لنا انفاذها لانها معصية ، والوصية فيها غير جائز اجماعاً » .

(٣) جاء في شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٧١ : « وكذلك تبطل الوصية اذا كانت على معصيته كشرب الخمر مثلاً » . وفي الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٤٢٦ : « ويبطل ايصاء بمعصية كأن يوصي بمال يشترى به خمر لمن يشربها » . فالظاهر من هذين القولين أن الوصية ، عند المالكية ، تبطل اذا كانت بمعصية ، سواء كانت من مسلم أو غير مسلم ، وأن المعصية هي ما كانت معصية في نظر الشريعة الاسلامية وان لم يعتقدها الذمي معصية .

(٤) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٢٤ .

٤٢٨ ـ وصايا الذميين في العربية المتحدة في الوقت الحاضر :

نصت المادة ٩١٥ من القانون المدني المصري « العربي » على انه :
« تسري على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » • وجاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة : « تسري الشريعة الاسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع ويستوي في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين » [(١)] • وقد صدر في العربية المتحدة قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فصارت وصايا الذميين كوصايا المسلمين خاضعة لأحكام هذا القانون ولأحكام الشريعة الاسلامية فيما لم يتعرض له القانون المذكور •

وقانون الوصية المصري « العربي » اكتفت مادته الخامسة بالاشتراط في الموصي أن يكون من أهل التبرع قانوناً ، وأطلقت المذكرة التفسيرية صحة الوصية عند توافر أهلية التبرع قانوناً فشملت المسلم والذمي والمستأمن [(٢)] •

والذي يهمنا من القانون المذكور ما جاء في المادتين الثالثة والتاسعة ، فلنتكلم عنهما بإيجاز : ـ

أ ـ جاء في المادة الثالثة ، في فقرتها الثانية ، : « ••• وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية » • وقد ذكرت المذكرة التفسيرية ان المصدر الفقهي لهذه الفقرة هو مذهب أبي حنيفة في أكثره ومذهب الشافعي في فرع

---

(١) حلمي بطرس ص ٢٨ •
(٢) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٢٥ • ويلاحظ أن القانون جاء بأحكام تخالف ما كان متبعاً في العربية المتحدة قبل صدوره ، من ذلك أجازته في المادة ٣٧ الوصية بالثلث للوارث دون توقف على اجازة الورثة • وكذلك ما قرره في المادة ٧٦ من الوصية الواجبة في حدود الثلث في حالات معينة وشروط خاصة •

من فروعه ، فقالت : « والأحكام موافقة لمذهب الامام أبي حنيفة إلا في الوصية لما هو قربة عند المسلمين دون شريعة الموصي فإنها تصح على مذهب الشافعي » [١] • ولكن ما ذكرته المذكرة التفسيرية أنه يصح على مذهب الشافعي ، يصح أيضاً على المذهب الحنبلي [٢] •

فهذه الفقرة أجازت وصية غير المسلم إلا في حالة واحدة فقط هي : إذا كانت الوصية محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية كما لو أوصى لجمعيات الإلحاد أو لدور المنكر والفسق ، وعلى هذا فوصية غير المسلم تكون صحيحة اذا كانت لجهة هي قربة في الشريعة الاسلامية وفي شريعته ، أو هي قربة في الشريعة الاسلامية فقط ، أو هي قربة في شريعته فقط • والواقع ان حكم هذه الفقرة مزيج من المذاهب الاسلامية المختلفة ، ولم يخرج القانون على مجموعها ، وأراد بذلك أن ييسر على غير المسلمين سبيل الإنفاق على مؤسساتهم الدينية والاسهام في القربات الاسلامية [٣] •

ب ـ اما المادة التاسعة فقد نصت على انه : « تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد اسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته الوصية لمثل الموصي » • فهذه المادة تبين حكم الوصية عند اختلاف الدين وحكمها عند اختلاف الدار •

فالوصية مع اختلاف الدين صحيحة وهذا هو المقرر في الفقه الاسلامي • وعلى هذا تصح وصية المصري « العزبي » الذمي للمصري « العربي » المسلم وبالعكس ، وتصح وصية العربي اليهودي للعربي

---

(١) شرح قانون الوصية المصري لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ٥٢ ـ ٥٣ •

(٢) المرجع السابق ص ٥٣ ، والوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٣٤ •

(٣) الوصايا في الفقه الاسلامي ، لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٣٤ ـ ٣٣٥ •

المسيحي وبالعكس • والمراد باختلاف الملة الوارد في المادة التاسعة هو الاختلاف في المذهب الديني كالمذهب الكاثوليكي والأرثوذكسي [1] ، فتصح وصايا المسيحيين فيما بينهم وإن اختلفت مذاهبهم •

وسأتكلم عن الوصية مع اختلاف الدارين التي أشارت اليها المادة المذكورة عند الكلام عن وصية المستأمن في المطلب الثاني ان شاء الله تعالى •

٤٢٩ ـ وصية الذمي في العراق :

أحكام الوصية في العراق وردت في القانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية العراقي • فالقانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نص على بعض أحكام الوصية في المواد ١١٠٨ ــ ١١١٢ • وأهم ما جاء في هذه المواد جواز الوصية للوارث وغير الوارث في الثلث ، وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠٨ : « وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة » •

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، فقد نص على أحكام الوصية في المواد ٦٤ ــ ٧٣ ، وقد جاء في المادة ٧٣ منه : « تراعى في الوصية أحكام المواد من ١١٠٨ ــ ١١١٢ من القانون المدني » •

وهذه الأحكام الواردة في القانونين تسري على جميع العراقيين من مسلمين وغير مسلمين ، فقد جاء في المادة الثانية ــ الفقرة الأولى ــ من قانون الأحوال الشخصية العراقي : « تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني بقانون خاص » • ولم يستثن الذميون من الوصية فتسري إذن عليهم أحكام القانون العراقي المذكور •

---

(١) شرح قانون الوصية لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ٦٦ ، وهامش رقم ١ •

وعلى ضوء هذه الأحكام ، تصح الوصية من الذميين ، لأن المادة ٦٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لم تشترط الاسلام في الموصي إذ نصت على أنه : « يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً مالكاً لما أوصى به » • وهذه المادة نظيرة المادة الخامسة من قانون الوصية المصري « العربي » • وكذلك الموصى له لا يشترط فيه الاسلام لأن المادة ٦٨ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لم تذكر الاسلام فيما اشترطته في الموصى له من شروط ، فقد جاء فيها : « يشترط في الموصى له : ١ — أن يكون حياً حقيقة أو تقديراً حين الوصية وحين موت الموصي وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام • ٢ — أن لا يكون قاتلاً للموصي » •

وعلى هذا تصح وصية الذمي للذمي • ولكن وصية الذمي للمسلم وبالعكس تصح في المنقول فقط • والوصية للمستأمن من مسلم أو ذمي تصح بالمنقول فقط بشرط المقابلة بالمثل • وهذا ما نصت عليه المادة الحادية والسبعون من قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فقالت : « تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل » • فهذه المادة جاءت بحكم غريب لم يقل به أحد من الفقهاء ، وهو جواز الوصية بالمنقول فقط بين الذمي والمسلم، ولا نفهم له وجهاً مقبولاً ، ولم تشر المذكرة التفسيرية الى وجه الحكمة من هذا النص ، ولا نرى مصلحة فيه ولا مبرراً له • والصواب هو قول الفقهاء بصحة الوصية بين المسلم والذمي مطلقاً في المنقول والعقار على حد سواء •

المطلب الثاني

الوصية بالنسبة للمستأمنين

٤٣٠ — اولا — مذهب الحنفية :

صرح الحنفية بأن إسلام الموصي ليس بشرط لصحة الوصية . وكذلك الموصى له لا يشترط أن يكون مسلماً ، فيجوز أن يكون مسلماً أو ذمياً ، ولكن يشترط ألا يكون حربياً غير مستأمن[١] . فيصح عند الأحناف أن يوصي مسلم أو ذمي لمستأمن . كما تصح الوصية من مستأمن لمسلم أو لذمي أو لمستأمن ، لأن المستأمن له حكم أهل الذمة في المعاملات ما دام في دار الاسلام ، ولهذا تصح منه عقود التمليكات ويصح تبرعه في حال حياته فكذا يصح بعد مماته عن طريق الوصية[٢] .

ويجوز للمستأمن أن يوصي بكل ماله اذا لم يكن له وارث أصلاً أو كان له ورثة في دار الحرب ، لأن امتناع الوصية بما زاد عن الثلث لحق الورثة ، ولهذا تنفذ بإجازتهم ، وليس لورثته في دار الحرب حق مرعي ، فهم كالأموات في حقنا ولا عصمة لأموالهم فلأن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أولى ، ولأن حرمة مال المستأمن باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته وقد أسقط حقه فيجوز . ولو أوصى المستأمن في هذه الحالة ببعض ماله نفذت وصيته ورد الباقي من تركته على ورثته في دار الحرب مراعاة لحق المستأمن لأن من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجاته ، والزيادة على مقدار

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٣٤١ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥ ، الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٧١٧ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٠٦ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٦١٠ — ٦١١ ، الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ .

ما أوصى به فارغ عن حاجاته فيسلم الى ورثته [١] . أما اذا كان وارث المستأمن معه في دار الاسلام بأمان فإن وصيته لا تجوز فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الوارث لأن حق وارثه هنـا مرعي بسبب الأمان كحقه [٢] .

وما قلناه آنفاً عن وصايا المستأمن إنما هو في الوصايا التي يراد بها الصلات الشخصية بطريق الوصية للمعين . اما وصايا المستأمن التي تدخل في باب القربات ، فما قلناه عن هذه الوصايا بالنسبة للذمي يقال هنا أيضاً بالنسبة للمستأمن . لأن الحنفية عندما قالوا تجوز الوصية من المستأمن وله عللوا ذلك بقولهم : لأن المستأمن ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي [٣] . وعلى هذا فما صح من وصايا الذمي في باب القربات صح مثله من المستأمن ، وما لم يصح من وصايا الذمي ، لم يصح أيضاً من وصايا المستأمن .

٤٣١ ـ ثانياً ـ المذاهب الأخرى :

عند الحنابلة والشافعية تجوز الوصية من مسلم أو كافر لمسلم أو لكافر . وتجوز الوصية عندهم أيضاً للحربي في دار الحرب ، فجوازها للمستأمن أولى . وعلى هذا تصح وصية المستأمن لمسلم أو لغير مسلم كما تصح الوصية للمستأمن من مسلم أو ذمي أو مستأمن . أما وصية المستأمن بما هو قربة فقد ذكرنا أن مذهبهم في الوصية لغير معين ان لا تكون بمعصية في الشريعة الاسلامية وإلا بطلت الوصية سواء كان

---

(١) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٨ ، مجمع الانهر جـ ٢ ص ٧١٧ ، الهداية وشرح العناية جـ ٨ ص ٤٨٨ ، الدر المختار جـ ٥ ص ٦١٠ ـ ٦١١ ، الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦ ، شرح الكنز للافغاني جـ ٢ ص ٢٨٧ .

(٢) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٩ ، الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٠٦ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٦١٠ ـ ٦١١ .

(٣) الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٠٦ : « ولانه ، أي المستأمن ، ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي » .

الموصي مسلماً أو كافراً [١] .

وعند الشيعة الامامية تصح وصية المستأمن لغيره من مسلم أو ذمي أو مستأمن كما تصح الوصية له منهم [٢] . اما وصيته بما هو قربة فيجب أن تكون قربة في نظر الشريعة الاسلامية كما هو الحكم بالنسبة للذمي ، لأن الشيعة عللوا عدم جواز وصية الذمي بما هو معصية في الشرع الاسلامي بقولهم : « لأنها معصية والوصية فيها غير جائز إجماعاً » [٣] .

أما المالكية فقد قالوا تصح وصية الكافر للكافر أو للمسلم بما يصح تملكهما له [٤] ، وكلمة (كافر) تصدق على الذمي والمستامن .

فتصح ، إذن ، وصية المستأمن لغيره والوصية للمستأمن من غيره . أما وصية المستأمن في باب القربات ، فالظاهر انه فيها كالذمي فيشترط في هذه الوصية أن لا تكون بما هو معصية في نظر الشريعة الاسلامية كما هو الحكم بالنسبة للذمي .

٤٣٢ — وصية المستامن في العربية المتحدة :

وصية المستأمن في الجمهورية العربية المتحدة تخضع لقانون دولته لأن المادة ١٧ من القانون المدني المصري « العربي » نصت على انه : « يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

وسأتكلم فيما بعد عن القاعدة التي يعامل بها المستأمنون في العربية

---

(١) المغني جـ ٦ ص ١٠٤ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٥٠٧ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٥٦١ مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ ، شرح منهج الطلاب والبجيرمي جـ ٣ ص ٢٦٧ ، الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع جـ ١ ص ٦١ .

(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٣٣ .

(٣) جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٨ ص ١٧٥ ، الحطاب جـ ٦ ص ٣٦٥ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ١٦٨ .

المتحدة في مسألة القانون الواجب التطبيق على قضاياهم اذا كان هذا القانون قانون دولتهم •

أما الوصية للمستأمن من مصري « عربي » ذمي أو مسلم فإنها جائزة بشرط المقابلة بالمثل فقد نصت المادة التاسعة من قانون الوصية على انه : « تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد اسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته الوصية لمثل الموصي » •

فهذه المادة تتكلم عن الوصية مع اختلاف الدار • والواقع أن الفقهاء مختلفون في هذه الوصية فالحنفية والشيعة الامامية لا يجيزون الوصية للحربي من مسلم أو ذمي ، لأن في هذه الوصية معاونة لهم على محاربتنا فلا تجوز • واحتجوا أيضاً بقوله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم ••• الآية » • وعند الامام أحمد تجوز الوصية للحربي في دار الحرب وهو قول مالك والشافعية ، وقاسوا ذلك على جواز الهبة له ، واحتجوا أيضاً بأن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز لأسماء بنت أبي بكر صلة أمها وهي مشركة من أهل مكة يوم كانت مكة دار حرب ، وبأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر بن الخطاب حلة من حرير فأعطاها لأخ له مشرك في مكة •

وقول الجمهور بجواز الوصية للحربي هو الراجح ، واحتجاج المانعين بدلالة الآية على مدعاهم لا حجة لهم فيها ، لأن آخر الآية يدل على أن المقصود هو عدم اتخاذهم أولياء لا عدم صلتهم [١] •

هذا هو حكم الفقه الاسلامي في الوصية للحربي في داره •

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٣٤١ ، المغني جـ ٦ ص ١٠٣ — ١٠٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٤٥٧ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٣٥ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٦٩ •

والقانون في مادته التاسعة التي ذكرناها آنفاً ، أجاز الوصية للمستأمن في دارنا وللحربي في داره بالشرط الذي ذكره وهو ان لا تمنع شريعته الوصية لمثل الموصي . وهذا الحكم في الواقع مبني على مبدأ المعاملة بالمثل [١] . وعلى هذا لو أوصى مواطن مسلم أو ذمي في العربية المتحدة لشخص انجليزي غير مسلم وكانت قوانين انجلترا لا تمنع وصية هذا الانجليزي للموصي العربي ، فإن وصية العربي له تكون صحيحة ، أما اذا كانت قوانين انجلترا تمنع وصيته للعربي ، فوصية العربي له غير صحيحة معاملة له بالمثل .

ويجب أن يلاحظ في تطبيق الإستثناء المذكور في المادة التاسعة ، ما يأتي :

اولا ـ ان الإستثناء المذكور لا ينطبق اذا كان الموصى له مسلماً تابعاً لبلد غير اسلامي ولو كانت قوانين دولته تمنع وصيته لمثل الموصي ، لأن المادة اشترطت لتطبيق هذا الإستثناء أن يكون الموصى له غير مسلم تابعاً لبلد غير اسلامي ، والعلة في ذلك ان المسلم يعتبر من دار الاسلام حكماً أينما كان .

ثانياً ـ اذا كان الموصى له غير مسلم ولكنه يتبع بلداً اسلامياً فالإستثناء لا ينطبق لأن المادة اشترطت لتطبيقه أن يكون الموصى له غير مسلم تابعاً لبلد غير اسلامي ، والعلة في ذلك هو ان بلاد الاسلام تعتبر كلها في حكم الدار الواحدة فليس بين تابعيها اختلاف دار ، وفي هذا تقول المذكرة التفسيرية لهذه المادة : « ... وان دار الاسلام واحدة مهما تعدد حكامها وليس بين تابعيها اختلاف دار » [٢] .

وعلى هذا تصح وصية المصري «العربي» لمن يحمل جنسية أحدى الدول الاسلامية مسلماً كان أو ذمياً ؛ لأن الدار تعتبر واحدة بالنسبة

---

(١) الوصايا في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ .

(٢) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٣٦ .

لرعايا جميع الدول الاسلامية .

هذا وان المقصود باختلاف الدارين في هذه المادة هو انقطاع العصمة بين الدولتين واستباحة كل منهما قتال الأخرى ، كأن تكون بينهما حالة حرب [١] .

وأخيراً فإن المذكرة التفسيرية قالت إن منع الوصية للحربي مأخوذ من مذهب أبي يوسف ومحمد . والصحيح أن عدم صحة الوصية للحربي في دار الحرب هو مذهب الأحناف جميعاً ، وما روي عن الصاحبين إنما هو خاص بالحربي المستأمن [٣] .

٤٣٣ ـ وصية المستامن في العراق :

نص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين على ان : « قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته » . وعلى هذا فإن وصية المستأمن في العراق تخضع لأحكام قانون دولته على النحو الذي سأذكره فيما بعد .

اما وصية العراقي ، مسلماً كان أو ذمياً ، للمستأمن فقد نصت عليها المادة ٧١ من القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ للأحوال الشخصية فقالت : « تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل » . وهذا الحكم الذي ذكرته المادة بالنسبة للأجانب مفهوم فيما يخص الأجنبي غير المسلم باعتبار أن المصلحة العامة تقضي بحماية العقارات في الدولة من أن يتملكها الأجانب ، ولكن لا نرى تعميم الحكم بالنسبة للمسلمين الذين لا يحملون الجنسية العراقية ، لأن المسلمين يعتبرون شرعاً من رعايا دار الاسلام أينما كانوا ، والدول الاسلامية مهما تعددت فهي تعتبر كدار واحدة ، ولهذا كان ينبغي صياغة المادة على نحو لا يشمل إلا الأجانب غير المسلمين

---

(١) المرجع السابق ص ٢٣٦ — ٢٣٧ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٣٦ .

الذين يتبعون بلداً غير اسلامي لأن الذميين التابعين لدول اسلامية يعتبرون من رعايا دار الاسلام أيضاً كالمسلمين .

المبحث الثاني

الميراث

تمهيـــد :

٤٣٤ — الإرث من أسباب نقل الملكية ، فتنتقل الأموال والحقوق المالية من المورث بعد موته الى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت كمؤن تجهيزه وإيفاء ديونه ووصاياه . وهذا كله اذا تحققت أسباب الميراث وشروطه وانتفت موانعه [1] . وللورثة مراتب فمنهم أصحاب الفروض وهؤلاء يقدمون على غيرهم فيأخذون سهامهم أولاً ثم من بعدهم العصبات ثم ذوو الأرحام ... الخ [2] .

وسأتكلم في هذا المبحث عن ميراث الذميين والمستأمنين في مطلبين :

---

(١) وأسباب الميراث هي الزواج والقرابة والولاء ، وهذا عند جمهور الفقهاء . وزاد مالك والشافعي بيت المال : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٣ .

(٢) يراجع في مراتب الورثة : شرح السراجية ص ٤٤ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٦٦٦ — ٦٧٠ ، فتح القريب المجيب ج ١ ص ١١ ، شرح النيل ص ٢٧٠ وما بعدها .
وترتيب الورثة في قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المعمول به حالياً في العربية المتحدة هو الآتي : يبدأ بأصحاب الفروض (م٨) ثم العصبة النسبية (م١٦) ثم الرد على غير الزوجين من اصحاب الفروض بنسبة فروضهم (م٣٠) ثم لذوي الأرحام (م٣١) ثم الرد على الزوجين (م ٣٠) ثم مولى العتاقة ثم عصبة مولى العتاقة (م٣٩) واذا لم يوجد احد ممن ذكر يستحق التركة اخذها واحد من هؤلاء : المقر له بالنسب على الغير ثم الموصى له بما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية ثم الخزانة العامة (م٤) .

المطلب الأول — عن توارث الذميين والمستأمنين فيما بينهم •

المطلب الثاني — عن توارثهم مع المسلمين •

المطلب الأول

التوارث بين الذميين والمستامنين

الفرع الأول

توارث الذميين فيما بينهم

٤٣٥ — غير المسلمين يتوارثون فيما بينهم اذا كانوا من ملة واحدة بلا خلاف بين أهل العلم (١) • اما اذا اختلفت مللهم فقد اختلف العلماء في توارثهم : فعند الحنفية والشيعة الامامية والشافعية على القول الأصح في مذهبهم ، والاباضية انهم يتوارثون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم (٢) •

وعند الزيدية والحنابلة لا يتوارثون اذا اختلفت مللهم ، وكذلك قال المالكية • إلا أن الحنابلة جعلوا الكفر مللاً مختلفة : فاليهود ملة ، والنصارى ملة ، والمجوس ملة ، وعبدة الأوثان ملة ، وهكذا حسب معتقداتهم • والمالكية جعلوا غير المسلمين ثلاث ملل : اليهود والنصارى

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٦ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤٠ ، المغني جـ ٦ ص ٢٩٥ : الكفار يتوارثون اذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين اهل العلم خلافاً •

(٢) شرح الكنز للعيني جـ ٢ ص ٣٦٩ — ٣٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ ، حاشية البقري ص ١٢ ، فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٤ ، فتح العزيز جـ ٨ ص ٦٣ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٢٦١ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٩ ، المختصر النافع ص ٢٦٦ ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة جـ ٢٨ ص ٣٥ •

ومن عداهم ، فلا يتوارث أهل هذه الملل بعضهم من بعض [(١)] . وجعل الامام ابن أبي ليلى غير المسلمين ملتين : اليهود والنصارى والصابئين ملة فيتوارثون فيما بينهم ، والمجوس ومن لا كتاب لهم ملة ، ولا توارث بين أهل الملة الأولى والثانية [(٢)] .

استدل المانعون من التوارث عند اختلاف الملل بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » [(٣)] ، وبأن غير المسلمين عند اختلافهم في الملة والدين لا يبقى اتفاق ولا موالاة فيما بينهم ، بل يكفر بعضهم بعضاً فينبغي أن ينتفي الأرث فيما بينهم كما انتفى بين المسلمين وغيرهم [(٤)] .

واستدل المجيزون التوارث مع اختلاف الملل بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » [(٥)] . فالمفهوم من هذا الحديث ان الكافر يرث الكافر [(٦)] .

واحتجوا أيضاً بقولـه تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » [(٧)] ، وبأن شريعة الاسلام هي الحق ، والناس بالنسبة لها

---

(١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٦٩ ، تتمة الروض النضير — او الجزء الخامس — ص ٧٨ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠١ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٦٣٧ شرح الخرشي جـ ٨ ص ٢٢٣ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٤٦٨ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٦ ، شرح السراجية ص ٧٧ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٢٩٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٦ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٦٣٦ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠١ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٦٩ . وقد روى هذا الحديث : احمد جـ ١٥ ص ١٩٠ ، ابو داود جـ ٤ ص ١٨١ ، ابن ماجة جـ ٢ ص ١٦٤ ، الترمذي جـ ٨ ص ٢٥٩ .

(٤) المغني جـ ٦ ص ٢٩٦ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٦٣٦ .

(٥) البخاري جـ ٩ ص ٤٣٣ ، ابو داود جـ ٤ ص ١٨٠ ، الترمذي جـ ٨ ص ٢٥٧ ، ابن ماجة جـ ٢ ص ١٦٤ ، الشافعي جـ ٢ ص ٢٢٧ ، احمد جـ ١٥ ص ١٩٠ .

(٦) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٦ .

(٧) فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٤ .

فريقان : مؤمن بها وهم المسلمون، ومنكر لها وهم غير المسلمين كافة ، فبهذا الإعتبار صاروا كالملة الواحدة وان اختلفوا فيما بينهم في الدين[١] .
أما الحديث الشريف « لا يتوارث أهل ملتين شتى » فمحمول على ان المراد بإحدى الملتين الاسلام وبالأخرى ما عداه [٢] .

ومن عرض أدلة الفريقين يترجح عندي قول الجمهور القائلين بتوارث غير المسلمين فيما بينهم ولو اختلفت مللهم ، وهذا ما أخذ به قانون المواريث المصري « العربي » رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ كما جاء في المادة السادسة منه [٣] .

٤٣٦ ـ أسباب الميراث بين غير المسلمين :

وأسباب الميراث بين غير المسلمين ، ومنهم أهل الذمة ، كأسباب الإرث بين المسلمين ، أي القرابة والنكاح والولاء ، لأن غير المسلم محتاج مكلف فيملك بالأسباب الموضوعة للملك كالمسلم ، ولأنه بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملات فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم . اما الإرث بجهة الاسلام التي قال بها الشافعية فهي خاصة بالمسلمين [٤]. فغير المسلمين يتوارثون بهذه الأسباب على التفصيل الآتي :

٤٣٧ ـ أولا ـ الارث بالنسب (القرابة) (٥) :

يتوارث غير المسلمين بالقرابة سواء كان سببها في الأصل حلالاً أو حراماً كالنكاح الفاسد . فإذا تزوج مجوسي امه وولدت له إبناً ، فهذا

---

(١) حاشية الفناري ص ٧٧ .
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٧٤ .
(٣) جاء فيها : ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض .
(٤) حاشية الفناري ص ٧٥ ، شرح الكنز للعيني جـ ٢ ص ٣٧٠ ، الزيلعي جـ ٢ ص ٢٤٠ ، فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٠ ـ ١١ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٥ .
(٥) القرابة هي كل صلة سببها الولادة او رابطة النسب التي تربط المتوفى باصوله وفروعه وجوانبه المتفرعة عن اصله : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٢ .

الإبن يرثه باعتباره إبناً له [1] .

واذا اجتمعت قرابتان في الوارث بحيث لو تفرقتا في شخصين حجبت احداهما الأخرى فإنه يرث بالحاجب . وإن لم تحجب احداهما الأخرى ورث بهما ، كما لو تزوج مجوسي أمه فولدت له إبناً فهذا الولد إبنها وابن إبنها فيرث منها اذا ماتت على انه ابن ولا يرث على انه ابن الإبن ، لأن ابن الابن محجوب بالابن . ولو ولدت له بنتاً مكان الابن فإنها ترث الثلثين : النصف على أنها بنت والثلث على أنها بنت الإبن تكملة للثلثين ، وترث من أبيها على أنها بنت ولا ترث على أنها أخت من أم لأن الأخت من أم تسقط بالبنت . وما قلناه هو مذهب الحنابلة والحنفية والزيدية [2] . وقال الشافعية على الأصح من مذهبهم والامام مالك ان الوراثة تكون بأقوى القرابتين ولا يرث الوارث بهما جميعاً [3] .

احتج المانعون من التوريث بالقرابتين بأن هذا النوع من القرابتين لا يرث بهما المسلمون فلا يرث بهما الكفار أيضاً .

واحتج القائلون بالتوريث بالقرابتين بقوله تعالى : «وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما الثلث » وبقوله تعالى : « وإن كانت واحدة فلها النصف » . فالآيتان الكريمتان تدلان على أن سبب استحقاق الإرث هو الوصف المذكور فيهما وهو البنتية والأختية ، فمتى ما تحقق اجتماع هذين الوصفين ونحوهما في شخص واحد حقيقة لزم التوريث بهما كما لو تفرقا في شخصين . وكذلك فإن التوريث بالقرابتين إعمال السبب ولا يجوز إبطاله بغير مانع ، والمانع هو الحاجب ولم يوجد فيأخذ

(١) حاشية الفناري ص ٧٦ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٧٠٠ .
(٢) حاشية الفناري ص ٧٦ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٦٦ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٨٧ — ٦٨٨ ، ٧٠٠ ، شرح الكنز للعيني جـ ٢ ص ٣٧٠ ، شرح الكنز للأفغاني جـ ٢ ص ٣٥٤ ، المغني جـ ٦ ص ٣٠٤ — ٣٠٥ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠١ .
(٣) فتح القريب المجيب جـ ١ ص ٣٧ — ٣٨ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٤٦٨ ، المواق جـ ٦ ص ٤١٦ .

الوارث بالجهتين ، ألا يرى أن المسلم يرث بالجهتين إذا اتفق له ذلك كما لو ماتت امرأة وتركت ابن عمها وهو زوجها فإنه يرث بالفرض والعصوبة ، فكذا غير المسلم إذ هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره . بخلاف الأخ من أب وأم حيث لا يرث إلا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على أنه أخ من أم لأنه ليس فيه اختلاف الجهة ، لأنه يرث بالأخوة وهي جهة واحدة فلا تصلح للاستحقاق بهما بل للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالأخ لأب . وأما قول المانعين بأن هذا النوع من القرابتين لا يرث بهما المسلمون فلا يرث بهما الكفار أيضاً ، فالجواب : ان امتناع الإرث بهما بين المسلمين سببه عدم وجودهما ، ولو تصور وجودهما لحصل الارث بهما جميعاً بدليل انه قد ورث بنظيرهما كما في ابن عم هو زوج فيرث باعتباره زوجاً وابن عم [1] .

والذي يترجح عندي بعد النظر في أدلة الفريقين ، هو قول القائلين بالتوريث بالقرابتين جميعاً لقوة ما استدلوا به من أدلة .

٤٣٨ — ثانيا : الارث بالنكاح :

كل نكاح يقرون عليه لو أسلموا ، كالنكاح بلا شهود ، يجري التوارث به . وكل نكاح لا يقرون عليه لو أسلموا ، كنكاح المحارم ، لا يتوارثون به . وهذا ما صرح به الحنفية والشافعية وغيرهم [2] . وعن ابن سريج : يتوارثون بالنكاح وإن كانوا لا يقرون عليه في الإسلام [3] .

ويعلل الحنفية عدم الارث بالنكاح الذي لا يقرون عليه لو أسلموا

---

(١) حاشية الفناري ص ٧٦ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤٠ — ٢٤١ ، المغني جـ ٦ ص ٣٠٤ — ٣٠٥ .

(٢) حاشية الفناري ص ٧٥ — ٧٦ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٧٠٠ ، فتح القريب المجيب جـ ١ ص ٣٨ ، المغني جـ ٦ ص ٣٠٣ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠٢ ، تتمة الروض النضير ص ٧٧ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٨ ص ٢١٣ .

(٣) البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٦٦ .

بأن القياس عدم ثبوت الإرث لأحد الزوجين لأنهما أجنبيان ، ولكن ثبت توارثهما بالنص على خلاف القياس في النكاح الصحيح مطلقاً ، أي ما يسمى صحيحاً عند الاطلاق كالنكاح المعتبر شرعاً بين المسلمين . وأما نكاح المحارم فيسمى صحيحاً لا مطلقاً بل بالنسبة الى الكفار ، فيقتصر ثبوت الإرث بين الزوجين في النكاح الصحيح الذي ورد به النص فقط [١] . وقد قال ابن عابدين عن هذا التعليل بأن النكاح الذي فقد شرط صحته ، كالنكاح بلا شهود أو في عدة كافر ، ليس صحيحاً عند الاطلاق أيضاً ومع هذا فقد قالوا بثبوت الإرث به بين الزوجين [٢]. ومن الجدير بالذكر أن الامام القهستاني الحنفي [٣] يرى التوارث بين غير المسلمين بكل نكاح ، سواء كانوا يقرون عليه لو أسلموا أو لا يقرون عليه . ولكن الامام ابن عابدين قال : الصحيح في المذهب عدم التوريث بنكاح لا يقرون عليه لو أسلموا [٤] .

وغير الحنفية كالحنابلة يعللون عدم التوارث بنكاح لا يقرون عليه لو أسلموا ، بأن هذا النكاح باطل [٥] . وبأن وجوده كعدمه [٦] . ولكن ما ذكره هؤلاء الحنابلة المتأخرون لا يتفق وما قالوه عن أنكحة غير المسلمين ، فقد قالوا : إنها صحيحة في حقهم وتتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، وحكمها حكم نكاح المسلمين فيما يجب به [٧] .

(١) الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٥٣١ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤١ .
(٢) رد المحتار جـ ٢ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢ .
(٣) هو الامام أحمد بن عبدالله بن عيسى ابو القاسم القهستاني نسبة الى قهستان ، ولاية كبيرة متصلة بنواحي العراق وهمدان ونهاوند . ولد سنة ٣٥٣ هـ ، وكان فقيهاً زاهداً ورعاً : الجواهر المضية في طبقات الحنفية جـ ١ ص ١١٠ .
(٤) رد المحتار ص ٥٣٢ .
(٥) كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠٢ .
(٦) شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٦٣٧ .
(٧) كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٧ ، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٩٢ وفي المغني جـ ٦ ص ٦٣٧ : « وانكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ... » .

والذي يترجح عندي أن مسألة التوارث بين الزوجين غير المسلمين يجب أن تبنى على أساس نظرتنا الى أنكحتهم ، فإذا قلنا إن أنكحتهم صحيحة أو لها حكم الصحة في حقهم — وهذا هو الصحيح — لزم القول بالتوارث بها فيما بينهم ، سواء كان نكاحهم نكاحاً يقرون عليه بعد الاسلام أو لا يقرون عليه ، وحيث أن أبا حنيفة و لشافعية والحنابلة يقولون بصحة أنكحتهم بالنسبة لهم ، فيقتضي هـذا وجوب القول بتوارثهم بهذه الأنكحة . أما إقرارهم عليها أو عدم إقرارهم عليها بعد الاسلام فهذه مسألة أخرى لا تعلق لها بالإرث وإنما تظهر بعد الاسلام فيما يخص بقاء النكاح ، بخلاف مسألة الميراث فإنها تظهر بعد انتهاء النكاح بفرقة الموت . وعليه فما قاله الامام القهستاني الحنفي هو ما يترجح عندي .

٤٣٩ — ثالثاً : الارث بالولاء (١) :

أ — ولاء العتاقة : قال الحنفية لا يشترط في ثبوت ولاء العتاقة كون المعتق مسلماً ، بل يثبت سواء كان المعتِق والمعتَق مسلمين أو غير مسلمين ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم ، لوجود السبب ولعموم الحديث الشريف « الولاء لمن اعتق » . حتى لو أعتق مسلم ذمياً أو أعتق ذمي مسلماً فولاء العتاقة يثبت للمعتق لما قلنا ، إلا أنه لا يرثه لاختلاف الدين (٢) . وبقول الحنفية قال الشافعية والحنابلة

---

(١) الولاء معناه النصرة ويراد به عند الفقهاء أحد أمرين : ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة . ويسمى الأول العصبة السببية أي الآتية من جهة السبب وهو العتق لا من جهة النسب ، وهو قرابة حكمية انشأها الشارع بين المعتق وعتيقه ، فكأنها مكافأة له على اعادة الحرية الى مملوكه : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٥ .

(٢) الكاساني جـ ٤ ص ١٦١ ، رد المحتار جـ ٥ ص ١٠١ ، ١٠٥ . وحديث الولاء لمن اعتق رواه البخاري جـ ٤ ص ٣١٧ ، مسلم جـ ٦ ص ٣٥٧ ، ابو داود جـ ٥ ص ٣٩٢ ، الترمذي جـ ٨ ص ٢٨٢ ، النسائي جـ ٦ ص ١٦٢ ، ابن ماجة جـ ٢ ص ١٠٦ .

وغيرهم من الفقهاء حتى قال صاحب المغني : لا خلاف فيه بين أهل العلم [١] • وعلى هذا يثبت الولاء لغير المسلم على غير المسلم • أما من جهة الميراث فقد أجمع العلماء على أن المعتق يرث عتيقه إذا اتحدا ديناً [٢] • أما إذا اختلفا ديناً فقد ذكرنا أن الفقهاء اختلفوا في توارث غير المسلمين اذا اختلفت مللهم [٣] • فعلى رأي المجيزين ، يرث الذمي المعتق عتيقه الذمي وإن اختلف معه في الدين وعلى رأي المشترطين اتحاد الدين لا يرث الذمي المعتق عتيقه الذمي إذا اختلف معه في الدين •

ب ــ ولاء الموالاة [٤] :

وهذا سبب للارث عند الحنفية والشيعة الامامية دون غيرهم من الفقهاء • والذمي يثبت له ولاء الموالاة عند الحنفية ، لأنهم قالوا الاسلام ليس بشرط لصحة عقد الموالاة ، فتجوز موالاة الذمي للذمي [٥] • ويظهر أن الشيعة الامامية لا يشترطون الاسلام في عقد الموالاة ، لأنهم لم يذكروا هذا الشرط لصحته [٦] • وعلى هذا فالذمي يرث بولاء الموالاة اذا لم يكن هناك وارث أحق منه بالإرث •

ويلاحظ أن قانون المواريث في الجمهورية العربية المتحدة رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ لم يجعل ولاء الموالاة سبباً للميراث • أما في العراق فإن قانون الأحوال الشخصية لم يلغه ، بل سكت عنه ، ومعنى ذلك انه بقي معمولاً به كسبب من أسباب الإرث حسب الفقه الحنفي •

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٣٥٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٧ •
(٢) المغني جـ ٦ ص ٣٤٨ •
(٣) فقرة ٤٣٥ ص ٥١٨ ــ ٥١٩ من هذه الرسالة •
(٤) وهو ما كان عليه العرب في الجاهلية من التوريث بالنصرة والمعاهدة وكان يثبت من الجانبين أو من جانب واحد • والجمهور على انه نسخ بآيات المواريث ، والأحناف والشيعة الامامية لم يقولوا بالنسخ ، ورتبته مؤخرة عن اصحاب الفروض والعصبات وذوي الأرحام : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٥–٣٦ •
(٥) الكاساني جـ ٤ ص ١٧١ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ١٠٨ •
(٦) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٤٣ •

٤٤٠ ــ مواريث الذميين في الوقت الحاضر :

في العربية المتحدة في الوقت الحاضر ، تخضع مواريث المواطنين من مسلمين وغير مسلمين لقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ولأرجح الأقوال في المذهب الحنفي فيما لم ينص عليه هذا القانون طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [١] ، لأن القانون المدني المصري « العربي » نص في المادة ٨٧٥ : « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم من الإرث وإنتقال أموال التركة اليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها » • وجاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة : « ••• وقد حسم المشرع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهريين في الميراث ، فقضى بأن الشريعة الاسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى ولو كانوا غير مسلمين وحتى لو اتفقوا جميعاً على تطبيق قانون ملتهم » [٢] •

وفي العراق تخضع المواريث بالنسبة للعراقيين ، مسلمين وغير مسلمين ، للأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي ولما أحال عليه من مواد في القانون المدني العراقي طبقاً لما جاء في المادة ٧٤ من قانون الأحوال الشخصية • وفيما عدا ذلك يطبق الفقه الحنفي على غير المسلمين باعتباره القانون العام للدولة في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين فيما لا نص على خلافه في قانون خاص • والجديد في أحكام المواريث التي جاء بها قانون الأحوال الشخصية العراقي هو عدم تقيده بالأنصبة المقدرة للورثة شرعاً ، فقد جعل نصيب الأنثى مثل نصيب الذكر ، متبعاً في ذلك قواعد الميراث في الأراضي الأميرية المفوضة

---

(١) طبقاً لما جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المواريث اذ اشارت الى ما قلناه من تطبيق هذا القانون والراجح في المذهب الحنفي فيما لم ينص عليه : المواريث في الشريعة الاسلامية لحسنين محمد مخلوف ص ٨ .

(٢) القانون الدولي الخاص للدكتور عز الدين عبدالله جـ ٢ ص ٢٦٥ ، هامش رقم ٢ .

في الطابو التي نص عليها القانون المدني العراقي [١] . ولا شك في فساد ما ذهب اليه قانون الأحوال الشخصية العراقي لمخالفته نصوص القرآن القطعية ، ولكن هذا ما شرع ونفذ .

الفرع الثاني

توارث المستامنين فيما بينهم

٤٤١ — ذكرنا في الفرع الأول أقوال الفقهاء في توارث غير المسلمين فيما بينهم عند اتفاقهم في الملة أو إختلافهم فيها ، وأسباب هذا التوارث . وهذه الأقوال تنطبق أيضاً على توارث المستأمنين فيما بينهم [٢] . فما قلناه في توارث الذميين فيما بينهم ، إذا اتفقوا في الملة أو اختلفوا ، يقال هنا بالنسبة للمستأمنين أيضاً . إلا انه يجب أن نلاحظ أن الحنفية يشترطون اتحاد الدار في توارث غير المسلمين كما سنذكره فيما بعد إن شاء الله . ويكفينا هنا أن نقول أن الحنفية قالوا : ان المستأمنين في دار الاسلام يتوارثون فيما بينهم إذا كانوا من دار واحدة ، ولا يتوارثون اذا اختلفت بهم الدار ، لأن اختلاف الدار مانع من الإرث فيما بينهم وبين سائر غير المسلمين ، فوجودهم في دار الاسلام لا ينفي اختلاف الدارين فيما بينهم حكماً إن كانوا من دارين مختلفتين . وغير الحنفية كالحنابلة والشافعية لا يشترطون اتحاد الدار لثبوت التوارث بين غير المسلمين ، فعندهم

---

(١) هذا الصنف من الأراضي يعني أن رقبة الارض تكون للدولة ، وللمالك حق التصرف فيها فقط . وهناك شروط لتملك حق التصرف فيها وفي انتقالها من مالك الى آخر . والطابو في العراق دائرة تشبه السجل العقاري في العربية المتحدة .

(٢) لأن الفقهاء يستعملون كلمة (الكفار) فيقولون الكفار يتوارثون فيما بينهم . وهذه الكلمة بعمومها تصدق على الذميين والمستأمنين .

يرث المستأمن من المستأمن وإن إختلفا داراً [١] .

٤٤٢ — واذا مات المستأمن في دار الاسلام وترك مالاً ولم يكن وارثه معه ، فعند الزيدية والحنفية ليس على الامام إرساله الى ورثته في دار الحرب بل عليه أن يسلمه اليهم اذا جاؤا الى دار الاسلام وأقاموا البينة على أنهم ورثته . وإنما كان الحكم هكذا لأن حكم الأمان للمستأمن باقٍ في ماله لحقه لا لحق ورثته في دار الحرب ، ومن جملة حقه إيصال تركته الى ورثته اذا ما جاؤا الى دار الاسلام [٢] .

وعند المالكية والحنابلة ترسل التركة الى الورثة في دار الحرب ، فإن لم يعرفوا أرسلت التركة الى حكومتهم لتسلمها هي الى الورثة . فقد جاء في شرح منتهى الارادات : « فيبعث مال ذمي لوارثه الحربي حيث علم » [٣] . وفي المغني لابن قدامة الحنبلي : « وقد نص أحمد في رواية الأثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته الى ملكهم حتى يدفعها الى الورثة » [٤] .

وفي شرح الزرقاني على مختصر خليل ، في فقه المالكية : « فماله لوارثه .. فيرسل مع ديته لوارثه فإن لم يكن له وارث فصريح نصوصهم أنه لا حق فيه للمسلمين بل يبعث هو وديته لأهل بلاده » [٥] .

والحنابلة والمالكية لم يذكروا دليلاً على قولهم ، ولكن يمكن الاستدلال لهم بأن المستأمن ، وقد دخل دار الاسلام بأمان ، فقد استفاد العصمة لنفسه وماله ، ومن تمام العصمة لماله إيصاله لوارثه إن كان معروفاً ، وإلا كان ارساله الى حكومته هو السبيل المعقول لإيصاله الى

---

(١) شرح السراجية ص ٨١ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٦٠١ ، فتح العزيز ج ٨ ص ٦٣ — ٦٤ .

(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٣٣ ، حاشية الفناري ص ٧٩ — ٨٠ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٦٣٦ .

(٤) المغني ج ٦ ص ٢٩٧ .

(٥) شرح الزرقاني لمختصر خليل ج ٨ ص ٢١٣ .

الورثة ، لأن حكومة المتوفى أعلم بهم من غيرها •

٤٤٣ ـ المطبق في الوقت الحاضر بخصوص إرسال تركة المستأمن الى ورثته في دار الحرب :

في العربية المتحدة لا ترسل تركة المستأمن الى ورثته في دار الحرب عملاً بالمذهب الحنفي ، إذ ليس هناك تقنين يجيز هذا الإرسال فتبقى هذه المسألة محكومة بالفقه الحنفي •

وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، ترسل التركة الى الورثة في دار الحرب إن كانوا معروفين ، وإلا أرسلت الى حكومتهم لتسلمها هي اليهم •

وفي العراق جوز قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وتعديلاته إرسال تركة الأجنبي المتوفى في العراق الى حكومته لتوزعها على الورثة ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣ من هـذا القانون على أن : « للمحكمة أن تقرر بعد أخذ موافقة وزير العدل تسليم صافي التركة أو قسم منها الى السلطات المختصة في البلاد الأجنبية لتوزع على مستحقيها » • ولكن إذا لم يكن للأجنبي وارث فإن أمواله التي في العراق تؤول الى الدولة العراقية وهذا ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة ٢٢ من القانون المدني العراقي ، إذ قالت : « الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك » •

الفرع الثالث

التوارث بين الذميين والمستأمنين

٤٤٤ ـ اشترط الحنفية اتحـاد الدار بين غير المسلمين لثبوت التوارث فيما بينهم • ولم يشترط غيرهم كالحنابلة هذا الشرط • فلابد

من بيان المقصود من اختلاف الدارين ومتى يكون مانعاً من الإرث عند الأحناف ، وما هي أقوال الفقهاء الآخرين عن هذا المانع .

٤٤٥ ـ معنى اختلاف الدارين :

المقصود باختلاف الدارين أن يكون لكل دار ، أي دولة ، منعة ـ أي عسكر ـ وحاكم خاص بها ، وتنقطع العصمة بينهما بأن تستحل كل دولة قتال الأخرى . أو تكون العصمة بينهما ثابتة ولكن ليس بينهما تناصر ولا ولاية ، إذ أن وجود العصمة فقط بين الدولتين لا يكفي لرفع اختلاف الدارين إلا إذا انضم اليها وجود التناصر والموالاة . فالمنظور اليه لوجود اختلاف الدارين أو عدمه وجود التناصر والموالاة بين الدولتين أو عدم وجود هذا المعنى . فإذا وجدت النصرة والموالاة بين الدولتين فالدار واحدة ولا اختلاف بينهما ، وإن لم يوجد تناصر ولا موالاة فالداران مختلفتان سواء وجدت بينهما العصمة أو انقطعت (١) .

وإنما كان اختلاف الدارين مانعاً من الإرث ، عند الحنفية ، لأن الوراثة مبنية على النصرة والموالاة ، فإذا اختلفت الداران على النحو الذي ذكرناه انتفت النصرة والموالاة بينهما فتنتفي الوراثة المبنية عليهما (٢) .

ويلاحظ هنا أن إختلاف الدارين إنما يكون بين دور الحرب اذا

---

(١) شرح السراجية ص ٨١ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤٠ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٧٢ ، مذكرة في دراسة الاجراءات والتمرينات القضائية لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٤٣ ـ ٤٤ .

(٢) شرح السراجية ص ٨١ ، الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٧٢ ، الابياني جـ ٣ ص ٣٧ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤٠ ، استاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري في مؤلفه السابق ص ٤٤ ، حكم المحكمة العليا الشرعية في مصر الصادر في ٦ ربيع الثاني سنة ١٣٤٢ هـ في قضية الاستئناف رقم ١٣٣ ، والتي ذكرها الشيخ السنهوري في كتابه السابق ص ٥٠ وما بعدها ، وقد جاء في هذا الحكم : وبينوا ـ اي فقهاء الحنفية ـ أن سبب المنع من الارث بين مختلفي الدار هو عدم التناصر والولاية بينهما ، والارث مبني عليهما .

تحققت شروطه ، أما بالنسبة لدار الاسلام مع أية دار من دور الحرب ، فإن اختلاف الدارين يعتبر قائماً بينهما من غير قيد أو شرط . وفي هذا المعنى قالت المحكمة العليا الشرعية في العربية المتحدة في حكم لها : « وقرروا — أي فقهاء الحنفية — أن بلاد الاسلام كلها دار واحدة مهما تنوعت حكوماتها واختلفت أحكامها ، وأن غيرها من البلاد يختلف باختلاف الحاكم والمنعة . وبلاد الإسلام كلها مختلفة مع غيرها دون قيد ولا شرط » [١] .

٤٤٦ — أنواع اختلاف الدارين :

اختلاف الدارين قد يكون حقيقة وحكماً ، وقد يكون حقيقة فقط وقد يكون حكماً فقط . والمقصود بالإختلاف الحقيقي هو الاختلاف بالاقامة ، كأن تكون إقامة الشخص في دولة وإقامة قريبه الذي يرث منه في دولة أخرى . أما الإختلاف الحكمي فمعناه الاختلاف بالتبعية للدولة ، أي الاختلاف بالجنسية ، كأن يكون أحدهما من تبعة دولة معينة والآخر من تبعة دولة أخرى .

ومثال اختلاف الدارين حقيقة وحكماً الحربي والذمي ، بأن يكون الحربي في دار الحرب والذمي في دار الاسلام ، أو كالحربيين في داريهما المختلفتين . ومثال اختلاف الدارين حقيقة فقط ، الحربيان من دار واحدة وقد دخل أحدهما دار الاسلام بأمان وبقي الآخر في دار الحرب . ومثال اختلاف الدارين حكماً فقط الذمي والمستأمن في دارنا ، فهما في دار واحدة حقيقة ولكنهما من دارين مختلفتين حكماً لأن تابعيتهما ، أي جنسيتهما ، مختلفة ، فالذمي من تبعة دار الاسلام ، والمستأمن من من تبعة دار الحرب [٢] .

---

(١) حكم المحكمة العليا الشرعية في مصر المنوه به في الهامش قبله .
(٢) شرح السراجية ص ٧٨ وما بعدها ، رد المحتار جـ ٥ ص ٦٧٢ ، الابياني جـ ٣ ص ٣٦ ، احكام التركات والمواريث لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ١١٣ .

٤٤٧ ـ اي نوع من اختلاف الدارين يمنع الارث ؟

المانع من الإرث هو اختلاف الدارين حكماً ، سواء انضم اليه الاختلاف حقيقة أو لم ينضم • أما الاختلاف حقيقة فقط فلا يمنع التوارث [1] • وبناء على هـذا لا توارث بين المستأمن والذمي في في دار الاسلام لاختلاف الدار بينهما حكماً ، ولا توارث بين مستأمنين في دار الاسلام إن كانا من دارين مختلفتين لاختلاف الدار بينهما حكماً • ولا توارث بين حربيين في داريهما المختلفتين لاختلاف الدار بينهما حقيقة وحكماً • ويثبت التوارث بين مستأمنين في دار الاسلام إن كانا من دار واحدة • وكذلك يثبت التوارث بين مستأمن في دارنا وبين حربي في دارهم لاتحاد الدار بينهما حكماً [2] •

٤٤٨ ـ اختلاف الدارين في المذاهب الاخرى :

عند الحنابلة والشيعة الامامية والامام مالك لا يعتبر اختلاف الدارين من موانع الإرث بين غير المسلمين • فعندهم يرث ذمي حربياً وعكسه ، ويرث حربي مستأمناً في دار الاسلام وعكسه ، ويرث ذمي مستأمناً وعكسه بشرط اتحاد الدين بين الوارث والمورث • وقد احتج الحنابلة لمذهبهم بأن العمومات من النصوص تقتضي توريث غير المسلمين بعضهم من بعض من غير اشتراط اتحاد الدار فيما بينهم ، وبأنه لم يرد نص ولا إجماع في اشتراط اتحاد الدار لثبوت الإرث فيما بين غير المسلمين ، كما لا يصح في منعهم من التوارث بسبب اختلاف الدار قياس ، فيجب ، إذن ، العمل بعموم النصوص • ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت بينهم الدار • وضبط التوريث بالملة دليل على

---

(١) حاشية الفناري ص ٧٨ ـ ٧٩ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤٠ ، شرح الكنز للعيني جـ ٢ ص ٣٧٠ ، الابياني جـ ٣ ص ٣٧ •

(٢) شرح السراجية ص ٧٨ ـ ٨١ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٦٧٢ .

ان الاعتبار بها دون غيرها (١) .

أما الشافعية ، فيبدو ، أن اختلاف الدار المانع من الإرث ، عندهم ، هو ما كان حقيقة لا حكماً . يدل على ذلك انهم قالوا : لا توارث بين ذمي وحربي في أظهر القولين في المذهب الشافعي . وقالوا : لا توارث بين المستأمن في دار الاسلام وبين الحربي في دار الحرب على القول الراجح في المذهب . ثم قالوا بجريان التوارث بين الذمي والمستأمن في دار الاسلام على القول الراجح في المذهب لعصمة المستأمن كالذمي (٢). فهذه الأقوال تدل على ان المعتبر عند الشافعية هو اختلاف الدار حقيقة لا حكماً ، فمتى ما وجد هذا النوع من اختلاف الدار امتنع الإرث بين غير المسلمين سواء إنضم اليه الاختلاف الحكمي أو لم ينضم ، اما الاختلاف الحكمي فقط فلا يكفي لمنع الإرث .

ومن عرض أقوال الفقهاء المختلفة في مسألة اختلاف الدار يبدو لي أن قول الحنابلة ومن وافقهم هو الراجح نظراً لقوة ما استدلوا به .

٤٤٩ — اختلاف الدارين في قانون المواريث في العربية المتحدة :

جاء في المادة الثالثة من القانون المصري « العربي » رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ : « واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث

(١) المغني جـ ٦ ص ٢٩٦ — ٢٩٧ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠١ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٦٣٦ — ٦٣٧ ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٤٥ : اختلاف الدارين في حق الحربي والذمي ، وفي حق الحربيين من دارين مختلفتين ليس من موانع الارث اذا لم يقارنه أحد الموانع المتقدمة . فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٦ : فلا توارث بين حربي وذمي في الأظهر وفاقاً لأبي حنيفة ... ومقابله يتوارثان وفاقاً للامام مالك واحمد .

(٢) فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٦ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٥ ، فتح العزيز جـ ٨ ص ٦٤ .

الأجنبي عنها » . فيستفاد من هذه المادة ما يأتي :

اولا ـ إختلاف الدار ليس مانعاً من الإرث في حق المسلمين مهما اختلفت دولهم ، وهذا ما قرره الفقهاء [١] .

ثانياً ـ اختلاف الدار مانع من الإرث بين غير المسلمين في حالة واحدة فقط وهي اذا كانت شريعة الدولة الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها ، ومأخذ هذا الإستثناء هو المعاملة بالمثل . وعليه فالأجنبي غير المسلم يرث قريبه الذمي في العربية المتحدة إذا كان قانون دولة الأجنبي لا يمنع من توريث هذا الذمي . أما اذا كان قانون دولة هذا الأجنبي يمنع من ذلك ، فإن في هذه الحالة يكون اختلاف الدار مانعاً من الإرث . فإذا مات مواطن ذمي في الجمهورية العربية المتحدة وكان له ابن ايطالي غير مسلم فإن الابن يرثه ، إلا إذا كان قانون الدولة الايطالية يمنع من توريث الذمي من الايطالي غير المسلم [٢] .

ثالثاً ـ ولكن هل اختلاف الدار يمنع الإرث بين الذميين المواطنين في العربية المتحدة وبين الذميين من رعايا الدول الاسلامية الأخرى ؟ ان المـادة المذكورة لم تجعل اختلاف الدار مانعاً من الإرث بين غير المسلمين إلا في حالة واحدة ذكرتها وهي ما إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها . فهل يمكن حمل المقصود من « الدار الأجنبية » على الدول الاسلامية أيضاً ؟ الظاهر أنه لا يمكن حمل هذه العبارة على الدول الاسلامية ، لأن دول الاسلام تعتبر كلها في حكم دار واحدة هي دار الاسلام ، والذمي في احداها يعتبر كأنه من رعايا الدولة الاسلامية الأخرى شرعاً . وأيضاً فإن القانون المذكور لم يلغ ما هو المقرر في الفقه الاسلامي من ثبوت التوارث بين الذميين في دار

---

(١) شرح السراجية ص ٨١ ــ ٨٢ .

(٢) احكام التركات والمواريث لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ١١٥ ؛ المواريث للشيخ حسنين محمد مخلوف ص ٢٩ .

الاسلام ، كما لم يلغ اعتبار الدول الاسلامية كأنها دار واحدة لا تختلف باختلاف المنعة والحكومات . وعليه فالمواطن الذمي في الجمهورية العربية المتحدة يرث غيره من الذميين من رعايا الدول الاسلامية الأخرى وبالعكس مهما تكن قوانين هذه الدول الاسلامية ، أي سواء ورثت الأجنبي عنها من رعاياها أو لم تورثه [1] .

٤٥٠ — اختلاف الدارين في العراق :

اختلاف الدارين غير مانع من الإرث في العراق ، فيرث العراقي الأجنبي ، إلا أن الأجنبي لا يرث العراقي الا اذا كان قانون دولته يورث العراقي منه [2] .

المطلب الثاني

التوارث بينهم وبين المسلمين

الفرع الأول

توريث الذمي والمستامن من المسلم

٤٥١ — غير المسلم لا يرث المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ، وعلى هذا إجماع

---

(١) احكام التركات والمواريث لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ١١٥ .

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة ٢٢ من القانون المدني العراقي على ان : « اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات ، غير ان العراقي لا يرثه من الأجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه » .

الفقهاء [١] . وقد حصل الخلاف في مسألتين تتعلقان بميراث غير المسلم من المسلم وهما : أ ـ إذا أسلم غير المسلم قبل قسمة تركة المسلم ، فهل يرث في هذه الحالة أم لا ؟ ب ـ المعتق غير المسلم ، هل يرث من عتيقه المسلم أم لا ؟ . وسنتكلم عن هاتين المسألتين ونذكر أقوال الفقهاء فيهما .

٤٥٢ ـ اولا ـ اذا اسلم غير المسلم قبل قسمة تركة المسلم :

قال الحنابلة ، اذا كان المورث مسلماً ووجد كافر لولا كفره لورثه، وأسلم هذا الكافر قبل تقسيم الميراث فإنه يرث مورثه المسلم . أما إذا قسمت التركة على مستحقيها قبل اسلامه فلا شىء له . وإن قسم بعض التركة ورث مما بقي دون ما قسم . والزوجة الكافرة ترث من التركة قبل تقسيمها اذا أسلمت في العدة . واذا كان الوارث المسلم واحداً وأسلم الكافر ، فقد قال صاحب المغني : « فإذا تصرف ـ أي الوارث ـ في التركة واحتازها كان ذلك بمنزلة قسمتها » . ومعنى ذلك أن من أسلم لا شيء له من التركة .

وحجة الحنابلة هي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل قسم قسّم في الجاهلية فهو على ما قسّم ، وكل قسم أدركه الاسلام فإنه على قسم الاسلام» . وبأن في توريثه ترغيباً له في الاسلام [٢] .

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٥ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٢٢٣ ، المغني جـ ٦ ص ٢٩٤ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠٠ ، فتح القريب المجيب جـ ٢ ص ١٤ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٤ ، احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٠١ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤٠ ، شرح الكنز للعيني جـ ٢ ص ٣٦٩ ، شرح السراجية ص ٧٤ ، شرح الكنز للافغاني جـ ٢ ص ٣٥٤ ، المحلي جـ ٩ ص ٣٠٤ ، تتمة الروض النضير ص ٧٨، نيل الأوطار جـ ٦ ص ٧٣ ـ ٧٤ ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة جـ ٢٨ ص ١٨ ، الخلاف للطوسي جـ ٢ ص ٢٥٩ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨ ، المختصر النافع ص ٢٦٥ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٢٦٠ وما بعدها ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٦٧ .

(٢) كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠٠ ـ ٦٠١ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٦٣٦ ، المغني جـ ٦ ص ٢٩٨ ـ ٣٠٠ ، والحديث (كل قسم في الجاهلية ..) أخرجه ابو داود جـ ٤ ص ١٨٢ وابن ماجة جـ ٢ ص ١٧٠ .

ومذهب الشيعة الامامية شبيه بمذهب الحنابلة ، فعندهم اذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة شارك الورثة إن كان مساوياً لهم في الرتبة ، وأخذ الجميع إن كان أولى من الاخرين • إلا أنه اذا كان الوارث المسلم واحداً وأسلم الكافر فإنه لا يرث إلا إذا كان الوارث هو الامام • وإن كان اسلام الكافر بعد القسمة فلا شيء له في جميع الأحوال [١] •

والزيدية قالوا بتوريث الكافر اذا أسلم قبل قسمة التركة [٢] ، فيفهم من هذا أنه اذا أسلم بعد قسمة التركة فلا ميراث له • فهم مع الحنابلة والشيعة الامامية في هذه المسألة •

وذهب الجمهور الى أن الكافر لا يرث من المسلم ولو أسلم قبل قسمة الميراث • وممن قال بهذا القول سعيد بن المسيب والزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي وعامة الفقهاء •

واحتج الجمهور بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يرث الكافر المسلم » ، وبأن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت فلا يستحق الارث ، كما لو بقي على كفره ، وبأن الملك قد انتقل الى الورثة المسلمين فلا يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا التركة قبل اسلامه [٣] •

---

(١) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة جـ ٢٨ ص ٢٤ ، الخلاف للطوسي جـ ٢ ص ٢٦٠ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٩ ، شرح اللمعة جـ ٢ : « اذا اسلم الكافر على ميراث قبل قسمته بين الورثة شارك بالارث بحسب حاله ، ولو أسلم بعد القسمة أو كان الوارث واحداً فلا مشاركة » . المختصر النافع ص ٢٦٥ : « واذا أسلم الكافر على ميراث قبل قسمته شارك ان كان مساوياً في النسب ، وحاز الميراث ان كان أولى ، سواء كان المورث مسلماً أو كافراً ولو كان الوارث المسلم واحداً لم يزاحمه الكافر وان اسلم لأنه لا يتحقق هنا قسمة » .

(٢) تتمة الروض النضير ص ١٠٥ : « ومن اسلم على ميراث قبل أن يقسم ورث منه ، فقد روي ان عثمان بن عفان ورث رجلاً اسلم على ميراث قبل أن يقسم » .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٢٩٨ — ٢٩٩ ، المدونة الكبرى جـ ٨ ص ٩٨ ، فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٤ ، فتح العزيز جـ ٨ ص ٦٢ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤٩ .

وعلى هذا اذا كان المورث مسلماً وأسلم الذمي أو المستأمن قبل قسمة التركة ، وقد قام فيهما سبب الإرث ، ورثا على قول الحنابلة والشيعة الامامية والزيدية ولم يرثا على قول الجمهور .

٤٥٣ ـ القول الراجح :

والذي يترجح عندي هو قول الجمهور لقوة أدلتهم ، أما أدلة القائلين بالتوريث فضعيفة من وجوه عديدة ، منها :

أ ـ الحديث الذي احتجوا به وهو : « كل قسم قسِّم في الجاهلية ... الخ » لا تقوم بمثله حجة . فقد روي مسنداً ومرسلاً ، والمسند فيه محمد بن مسلم وهو ضعيف . والمرسل روي عن طريق عمرو بن شعيب [1] ، وعمرو بن شعيب هذا فيه مقال معروف عند المحدثين [2] ، كما أن الاحتجاج بالمرسل أمر مختلف فيه بين الفقهاء [3] .

ب ـ آيات المواريث دلت على أن ميراث الوارث يتم ، وملكيته لما ورث من تركة مورثه تستقر من لحظة موت المورث من غير توقف على قسمة التركة . فمن هـذه الآيات قولـه تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم » [4] . فملكية الوارث لما ورث تتم من لحظة وفاة المورث فلا يزول ملك الوارث عن ملكه من التركة بإسلام أحد ، كما لا يزول لو كان هـذا الاسلام بعد تقسيم التركة .

جـ ـ أحكام المواريث في الشريعة الاسلامية ثبتت واستقرت ولا اعتبار فيها بالقسمة ولا بعدمها بخلاف مواريث الجاهلية ، إذ أنه ما قسم منها قبل الاسلام مضى واستقر ، وما لم يقسم منها حتى أدركه الاسلام نزل على حكم الاسلام ، وفي هذا يقول الامام الجصاص : « أما مواريث

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ٣٠٨ .
(٢) فقرة ٢٣٢ ص ٢٧٦ من هذه الرسالة .
(٣) ص ٤١٣ من هذه الرسالة .
(٤) آية « ولكم نصف ما ترك ... » وردت في سورة النساء جـ ٥ : الآية ١٢ .

أهل الجاهلية فإنها لم تقع على حكم الشرع ، فلما جاء الاسلام حملت على أحكام الشرع إذ لم يكن ما وقع قبل ورود الشرع مستقراً ثابتاً ، فعفي لهم عما قد اقتسموه وحمل ما لم يقسم منها على حكم الشرع ، كما عفي لهم عن الربا المقبوض ، وحمل بعد ورود تحريم الربا ما لم يكن مقبوضاً على حكم الشرع فأبطل وأوجب عليهم رد رأس المال . ومواريث الاسلام قد ثبتت واستقر حكمها ولا يجوز ورود الفسخ عليها فلا اعتبار فيها بالقسمة ولا بعدمها ، كما أن عقود الربا لو وقعت في الاسلام بعد تحريم الربا واستقرار حكمه لا يختلف فيه حكم المقبوض منها وغير المقبوض في بطلان الجميع » [1] .

٤٥٤ — ثانياً — المعتق غير المسلم ، هل يرث عتيقه المسلم ؟

عند الحنابلة — على ما ذكره فقهاؤهم المتأخرون — يرث الكافر عتيقه المسلم بالولاء قياساً على ثبوت إرث المسلم المعتق من عتيقه الكافر ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته » [2] . إلا أن صاحب المغني الحنبلي ذكر أن في التوريث بالولاء مع اختلاف الدين روايتين في المذهب : (احداهما) يرث المعتق عتيقه . و (الثانية) لا يرث . وقد نصر هو الرواية الثانية ، أي عدم ميراث المعتق الكافر من عتيقه المسلم وبالعكس ، وهذا هو قول الجمهور . والحجة له قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولأنه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كالميراث بسبب القرابة ، بل ان الميراث بالقرابة أقوى منه بالولاء ، فإذا امتنع بها مع اختلاف الدين فلأن يمتنع بالولاء مع اختلاف الدين أولى . وأيضاً فإن النبي عليه الصلاة والسلام ألحق الولاء بالنسب ، بقوله : «الولاء لحمة كلحمة النسب» ، فكما يمنع اختلاف الدين الميراث مع صحة

---

(١) الجصاص ج ٢ ص ١٠٥ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٦٠٠ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٦٣٦ .

النسب وثبوته فكذلك يمنعه مع صحة الولاء وثبوته [1] .

والراجح هو قول الجمهور نظراً لما استدلوا به ، ولأن حجة القائلين بالتوريث في هذه الحالة هو القياس على توريث المعتق المسلم من عتيقه الكافر ، الثابت — عندهم — بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته » . ولكن هذا الحديث لا تقوم به حجة لأنه روي عن أبي الزبير عن جابر ، وقد قال ابن حزم : إن أبا الزبير إذا لم يقل سمعت أو حدثنا يكون تدليساً [2] .

٤٥٥ — المعمول به في الوقت الحاضر :

في العربية المتحدة نص قانون المواريث المصري « العربي » في مادته السادسة على انه : « ولا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض » . ومعنى ذلك أن اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم مانع من الإرث مطلقاً ، فلا يرث المعتق غير المسلم عتيقه المسلم لاختلاف الدين بينهما . والظاهر من نص المادة أن الاختلاف في الدين يعتبر متحققاً اذا وجد في لحظة وفاة المورث ولا عبرة بإسلام غير المسلم قبل قسمة التركة ، كما هو مذهب الأحناف وغيرهم من الجمهور .

وفي العراق أحال قانون الأحوال الشخصية العراقي في مادته الرابعة والسبعين على ما جاء في القانون المدني من أحكام المواريث في المواد من ١١٨٧ — ١١٩٩ . وقد نصت المادة ١١٩٩ منه على منع التوارث عند اختلاف الدين . ولم تستثن هذه المادة ميراث المعتق غير المسلم من عتيقه المسلم ولا العكس ، ومعنى ذلك أن لا توارث بينهما . كما أن الظاهر من المادة أنها تعتبر اختلاف الدين موجوداً اذا تحقق في لحظة وفاة المورث كما هو مذهب الجمهور .

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٣٤٩ — ٣٥٠ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ٣٥ .

وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، يرث غير المسلم من المسلم اذا أسلم قبل قسمة التركة ، كما أن المعتق غير المسلم يرث عتيقه المسلم ، ويرث المعتق المسلم عتيقه غير المسلم . وفيما عدا هذه الأحوال يعتبر اختلاف الدين مانعاً من الإرث .

الفرع الثاني

توريث المسلم من الذمي والمستأمن

٤٥٦ ــ قال جمهور الصحابة والفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة وغيرهم ، لا يرث المسلم الكافر لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم »[(١)] . وروي عن معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان توريث المسلم من الكافر ، كما حكي هذا الرأي عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب والشعبي[(٢)] . وبهذا الرأي أخذ الشيعة الامامية بإجماع علمائهم[(٣)] ، وسأذكر مذهبهم على حدة .

٤٥٧ ــ حجة القائلين بتوريث المسلم من غير المسلم :

١ ــ روي عن معاذ أنه ورّث مسلماً من يهودي محتجاً بأن رسول

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٧٣ ــ ٧٤ ، المغني جـ ٦ ص ٢٩٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٥ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٦٠٠ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٦٣٦ ، شرح الكنز للعيني جـ ٢ ص ٣٦٩ ، شرح الكنز للأفغاني جـ ٢ ص ٣٥٤ ، شرح السراجية ص ٧٤ ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٤٠ ، فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٤ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٤ ، تتمة الروض النضير ص ٧٨ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٢٠٦ ، ٢٦٦ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٥ ، المغني جـ ٦ ص ٢٩٤ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٦٩ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤٩ .

(٣) الخلاف للطوسي جـ ٢ ص ٢٥٩ .

الله صلى الله عليه وسلم قال : « الاسلام يزيد ولا ينقص » (١) •

٢ — روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » (٢) •

٣ — نحن ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا ، فكذلك يجب أن نرثهم ولا يرثونا (٣) •

٤٥٨ — وقول الجمهور هو الصحيح الذي ينبغي المصير اليه لأن الحديث الشريف « لا يرث المسلم الكافر » صريح في عدم توريث المسلم من غير المسلم • وما استدل به القائلون بتوريث المسلم من غير المسلم لا ينهض حجة لما ذهبوا اليه ، ويرد من وجوه عديدة منها :

١ — الحديث الشريف : « الاسلام يزيد ولا ينقص » يحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام أراد به أن الاسلام يزيد بمن أسلم ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم (٤) • وهذا المعنى هو الظاهر المتبادر الى الذهن فلا يصار الى غيره •

٢ — والحديث الآخر : « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » لا دلالة فيه على توريث المسلم من غير المسلم ، لأن علو الاسلام بالحجة والبرهان أو بالغلبة في العاقبة للمسلمين ، فلا تعلق له بالإرث (٥) •

٣ — احتجاجهم بأن المسلمين ينكحون نساءهم ولا يحل لهم أن ينحكوا نساء المسلمين ، لا حجة لهم فيه في مسألتنا ، فإن العبد ينكح الحرة ولا يرثها ، ولأن النكاح مبناه على التوالد وقضاء الوطر ، والارث

---

(١) الجصاص جـ ٢ ص ١٠١ ، المغني جـ ٦ ص ٢٩٤ ، حاشية الفناري ص ٧٤ •

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٧٤ ، وقد جاء هذا الحديث في كتاب الجامع الصغير للسيوطي ورمز له برمز الحسن ، وقال : رواه الروياني والدارقطني والبيهقي والضياء عن عائذ بن عمرو : الجامع الصغير جـ ١ ص ١٢٣ •

(٣) المغني جـ ٦ ص ٢٩٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٥ •

(٤) المغني جـ ٦ ص ٢٩٥ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٢٦١ •

(٥) شرح السراجية ص ٧٥ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٢٦١ •

مبناه على الموالاة والمناصرة ، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر ، فضلاً عن أن نكاحنا مختص بالكتابيات فقط [١] .

٤ — احتجاجهم بما روي عن معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان من أنهما ورثا المسلم من الكافر ، لا حجة لهم فيه . لأن معاذ بن جبل ذهب الى التوريث متأولاً الحديث « الاسلام يزيد ولا ينقص » على المعنى الذي ذهب اليه ، والتأويل لا يقضى به على النص ، وإنما يجب رده الى المنصوص عليه لحمله على موافقته دون مخالفته ، والنص الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عدم التوارث بين المسلم والكافر ، فيجب حمل الحديث الذي تأوله معاذ على معنى يحتمله قوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الكافر » . أما ما ثبت عن معاوية ابن أبي سفيان أنه ورث المسلم من الكافر ، فهذا أيضاً لا حجة فيه ، لأن عمر بن عبدالعزيز ردّ أهل الشام الى الأمر الأول الذي كانوا عليه ، أي الى عدم توريث المسلم من الكافر . وقد قال الامام مسروق : ما أحدث في الاسلام قضية أعجب من قضية قضى بها معاوية من توريث المسلم من الكافر . فهذا القول من الامام مسروق يدل على بطلان ما ذهب اليه معاوية ، لاخباره أنها قضية محدثة في الاسلام مما يدل على أن الأمر قبل معاوية كان على عدم توريث المسلم من الكافر فلا يكون عمل معاوية حجة [٢] .

٤٥٩ — ومع أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن المسلم لا يرث الكافر إلا أنهم اختلفوا في توريث المسلم المعتق من عتيقه غير المسلم .

فعند الحنابلة ، على ما جاء في كشاف القناع وغيره من كتب فقهاء الحنابلة المتأخرين ، يرث المسلم المعتق عتيقه الكافر ، محتجين بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يرث المسلم النصراني إلا

---

(١) فتح القريب المجيب جـ ١ ص ١٤ ، شرح النيل جـ ٨ ص ٢٦١ .
(٢) الجصاص جـ ٢ ص ١٠١ — ١٠٢ .

أن يكون عبده أو أمته » . وقد ذكرت قول ابن قدامة في المغني بوجود روايتين في المذهب في مسألة التوارث بولاء العتاقة مع اختلاف الدين ، وانه نصر الرواية الثانية التي تمنع التوارث ، كما بينت ضعف هذا الحديث الذي احتجوا به [١] . وعلى هذا فالراجح عدم توريث المسلم المعتق من عتيقه غير المسلم .

والامام مالك مع فقهاء الحنابلة في قولهم بتوريث المسلم المعتق من عتيقه الكافر ، وخالفهم في العكس ، أي أنه ذهب الى عدم توريث المعتق الكافر من عتيقه المسلم وإن قال بتوريث المعتق المسلم من عتيقه الكافر [٢] .

٤٦٠ ـ مذهب الشيعة الامامية :

ذهب الشيعة الامامية الى توريث المسلم من غير المسلم ، بل قالوا : ان المسلم يحجب جميع الورثة غير المسلمين حتى لو كان المسلم مولى العتاقة أو مولى الموالاة . فعندهم إذا مات الكافر عن ولد كافر وعن مولى موالاة مسلم ، فإن الميراث كله للأخير وليس للولد غير المسلم من الميراث شيء[٣] . ولا أعلم أحداً غير الشيعة الامامية قال هذا القول .

---

(١) فقرة ٤٥٤ ص ٥٣٩ ــ ٥٤٠ من هذه الرسالة .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٣٤٩ ــ ٣٥٠ . هذا ما ذكره صاحب المغني عن الامام مالك ولم اقف على هذا النص في كتب المالكية .

(٣) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة جـ ٢٨ ص ١٨ ــ ١٩ : « ولو خلف الكافر ورثة ورثوه . وان كان معهم مسلم كان الميراث كله له سواء قرب أو بعد حتى ان مولى النعمة بل ضامن الجريرة ــ اي مولى الموالاة ــ المسلم يمنع الولد الكافر من ميراثه من أبيه الكافر باجماع علمائنا » . شرح اللمعة جـ ٢ : « والمسلم يرث الكافر ويمنع ورثته الكفار وان قربوا وبعد ... بخلاف الكافر فان الكفار يرثونه مع فقد الوارث المسلم وان بعد كضامن الجريرة ويقدمون على الامام » .
المختصر النافع ص ٢٦٥ : « الزوج المسلم احق بميراث زوجته من ذوي قرابتها الكفار ، كافرة كانت أو مسلمة ، له النصف بالزوجية والباقي بالرد . وللزوجة المسلمة الربع مع الورثة الكفار والباقي للامام » .

٤٦١ ـ ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، لا يرث المعتق المسلم عتيقه غير المسلم لأن قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، في مادته السادسة ، جعل اختلاف الدين مانعاً من الإرث مطلقاً ، فلا يرث المسلم غير المسلم وبالعكس . فهو أخذ برأي الجمهور من الفقهاء . وكذلك الحال في العراق ، كما قلنا ، فلا توارث مع اختلاف الدين مطلقاً . وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي يرث المعتق المسلم من عتيقه غير المسلم .

الباب الثاني

احكام معاملات الذميين والمستأمنين المالية

تمهيـــد :

المعاملات الماليــة من أقسام الفقه الاسلامي [1] وتشغل مقداراً كبيراً منــه ، وقد عرفت هــذه المعاملات بأنهــا « تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات » [2] .

وسأتكلم في الفصل الأول من هذا الباب عن القاعدة العامة في معاملات الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ، ومستثنيات هذه القاعدة . ثم أتكلم عن حكم معاملاتهم في دار الحرب في الفصل الثاني من هذا الباب .

---

(١) مذكرات في تاريخ الفقه لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٦ ؛ المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البلاد العربية للاستاذ مصطفى أحمد الزرقا جـ ١ ص ١١ .

(٢) كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية تاليف احمد أبو الفتح الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ في القاهرة ص ١٢٠ .

الفصل الأول

القاعدة العامة في معاملاتهم المالية
في دار الإسلام ومستثنياتها

المبحث الأول

القاعدة العامة

في معاملاتهم المالية في دار الاسلام

٤٦٢ ـ القاعدة العامة في معاملات الذميين والمستأمنين في دار الاسلام :

القاعدة العامة في الفقه الاسلامي هي أن الذميين كالمسلمين في المعاملات الشاملة لجميع الإرتباطات القانونيــة وفي جميع الشؤون الدنيوية [١] . فقد قال الحنفية ان الذمي كالمسلم في التزامه أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات لأنه من أهل دارنا [٢] ، وان الذميين في المعاملات والتجارات ، كالبيوع وسائر التصرفات ، كالمسلمين إلا ما استثني [٣] . ويعللون ذلك بأن الذمة خلف عن الاسلام في التزام أحكام الاسلام في الدنيا فيما يرجع الى المعاملات [٤] .

وكذلك صرح الحنفية بأن المستأمنين في دار الاسلام بمنزلة الذميين في المعاملات [٥] . لأن المستأمن بدخوله دار الاسلام مستأمناً التزم أحكام الاسلام أو ألزم بها من غير التزامه لإمكان إجراء هذه الأحكام

---

(١) كتاب المواريث علماً وعملاً للشيخ المرحوم احمد ابراهيم ص ٨٥ .
(٢) المبسوط جـ ١٠ ص ٨٤ : لأن الذمي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات . شرح السير الكبير جـ ١ ص ٢٠٧ : لأن الذمي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فانه من اهل دارنا .
(٣) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٦ .
(٤) شرح السير الكبير جـ ٣ ص ٣٠١ .
(٥) شرح السير الكبير جـ ٣ ص ٢٢٦ ، الكاساني جـ ٦ ص ٨١ ، الهداية جـ ٨ ص ٤٨٨ .

عليه ما دام في دار الاسلام [١] ، فيلزمه فيها ما يلزم الذمي في جميع معاملاته مع الآخرين [٢] .

٤٦٣ — ولم يكتف الحنفية بذكر القاعدة العامة في أحكام معاملات الذميين والمستأمنين في دار الاسلام وانهم فيها كالمسلمين ، بل ذكروا هذه المساواة في أثناء كلامهم عن أنواع المعاملات المالية . من ذلك ما قالوه في باب الإجارة : ان اسلام العاقدين ليس بشرط أصلاً ، فتجوز الاجارة والاستئجار من المسلم والذمي والمستأمن ، لأن عقد الاجارة من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعاً كالبياعات [٣] .

وفي باب الشفعة ، صرحوا بأن اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لأهل الذمة فيما بينهم كما تثبت للذمي على المسلم ، لأنها حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه ، والكافر والمسلم في ذلك سواء لأنه من الأمور الدنيوية . وقد قضى القاضي شريح بالشفعة لذمي على مسلم فكتب الى عمر رضي الله عنه فأجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون إجماعاً [٤] .

وكذلك قالوا بوجوب الشفعة للمستأمن في دار الاسلام . فقد جاء في شرح السير الكبير للامام السرخسي : « واذا بيعت دار بجنب دار الحربي المستأمن في دارنا فله أن يأخذها بالشفعة لأنه ما دام في دار الاسلام بأمان فهو في المعاملات كالذمي » [٥] .

وفي باب البيوع صرحوا بأن اسلام البائع ليس بشرط لانعقاد

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥ ، المبسوط جـ ٢٣ ص ١٢١ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ١٣٣ .

(٣) الكاساني جـ ٤ ص ١٧٥ .

(٤) الكاساني جـ ٥ ص ١٦ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٢٣ .

(٥) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ١٩٢ .

البيع ولا لصحته فيجوز بيع الكافر وشراؤه [١] . وقالوا : كل ما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع أهل الذمة ، وما يبطل أو يفسد من بيوع المسلمين يبطل أو يفسد من بيوعهم إلا الخمر والخنزير [٢] .

وفي باب المزارعة ، قالوا بجوازها حتى مع المستأمن [٣] . وفي باب المضاربة قالوا : لا يشترط اسلام المضارب أو رب المال ، فتصح المضاربة بين أهل الذمة كما تصح بين المسلم والذمي والمستأمن [٤] .

٤٦٤ — وغير الحنفية ذكروا في أثناء كلامهم عن أنواع المعاملات ما يدل على أن القاعدة العامة التي قال بها الحنفية يقولون هم بها أيضاً ، فمن ذلك :

ان الامام الشافعي قال : « ونبطل بينهم (أي أهل الذمة) البيوع التي تبطل بين المسلمين كلها ، فإذا مضت واستهلكت لم نبطلها وإنما نبطلها ما كانت قائمة » [٥] . وتثبت عند الشافعي الشفعة لغير المسلم على المسلم [٦] . وصرح فقهاء الشافعية بعدم اشتراط الاسلام في البائع ، فيصح البيع عندهم من كل عاقل بالغ مختار [٧] .

ويفسر الشافعية معنى الصغار الوارد في قوله تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » بأنه جريان حكم الاسلام عليهم في حقوق الآدميين والمعاملات والعقوبات [٨] . وهذا التفسير يدل

---

(١) الكاساني جـ ٥ ص ١٣٥ .
(٢) المرجع السابق جـ ٥ ص ١٩٢ .
(٣) المبسوط جـ ٢٣ ص ١٢١ .
(٤) الكاساني جـ ٦ ص ٨١ .
(٥) الأم جـ ٤ ص ١٣١ .
(٦) المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣٣ .
(٧) المهذب جـ ١ ص ٢٥٥ .
(٨) الأم جـ ٤ ص ٩٩ ، مختصر المزني جـ ٥ ص ١٩٢ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٧٠ ، فتح العزيز جـ ١٦ ص ١١٦ : « والصغار في اصح الأقوال في التفسير عند الأصحاب التزام أحكام الاسلام وجريان حكمه عليهم » .

بوضوح على أن القاعدة العامة التي يأخذ بها الشافعية ، في المعاملات بالنسبة لغير المسلمين ، هي القاعدة التي قال بها الأحناف .

والحنابلة قالوا في باب إحياء الموات [١] : ان الذمي يملك بالإحياء كالمسلم ، وعللوا ذلك بأنه من أهل دار الاسلام فتجري عليه أحكامها [٢]. وفي باب البيع لم يشترطوا الاسلام في البائع ولا في المشتري ، إذا الشرط عندهم أن يكون العاقد حراً بالغاً رشيداً [٣] .

ونص الزيدية على صحة شركة الذميين فيما بينهم كصحتها بين المسلمين [٤] . وقال الشيعة الامامية لا يشترط في البائع أو المشتري الاسلام [٥] . وأجاز المالكية للذمي الإحياء فيما بعد عن العمران ، أما فيما قرب فقد قال بعضهم بالجواز أيضاً بإذن الامام [٦] .

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن القاعدة العامة في معاملات غير المسلمين في دار الاسلام ، على رأي فقهاء المسلمين ، هي انهم فيها كالمسلمين . ويدل على هذه القاعدة ، فضلا عما ذكرناه ، اتفاق العلماء على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات في أحكام الدنيا ، لأن المقصود من

---

(١) الأرض الموات هي التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها احد ولم تكن قريبة من العمران على راي بعض الفقهاء كأحمد وابي يوسف . ولتملك الأرض الموات لابد من احيائها بما يتم به الاحياء . ويشترط بعض الفقهاء اذن الامام في الاحياء ، ولا يشترطه البعض الآخر : كتاب الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٣٩ وما بعدها .

(٢) المغني جـ ٥ ص ٥١٥ — ٥١٦ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤٢٩ .

(٣) كشاف القناع جـ ٢ ص ٦ .

(٤) البحر الزخار جـ ٤ ص ٩١ .

(٥) سفينة النجاة جـ ٢ ص ١٢٦ .

(٦) الحطاب جـ ٦ ص ١٠ .

المعاملات مصالح الدنيا وهم محتاجون اليها كالمسلمين [١] .

المبحث الثاني

مستثنيات القاعدة العامة

٤٦٥ — واذا كانت القاعدة العامة هي أن الذميين والمستأمنين في المعاملات كالمسلمين في دار الاسلام ، إلا أن الفقهاء استثنوا منها بعض التصرفات ، وهذه المستثنيات ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء .

وأذكر فيما يلي هذه المستثنيات مع بيان رأيي فيها .

---

(١) كتاب ارشاد الأمة الى احكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي رحمه الله تعالى ص ١٤ ، شرح المنار ص ٢٥٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٠ ، كشف الأسرار على أصول الامام البزدوي جـ ٤ ص ١٣٦٢ : « ولهذا كان الكافر أهلاً لأحكام لا يراد بها وجه الله تعالى مثل المعاملات والعقوبات من الحدود والقصاص لأنه أهل لأدائها اذ المطلوب من المعاملات مصالح الدنيا وهم اليق بأمور الدنيا من المسلمين لأنهم آثروا الدنيا على الآخرة ... » . الوسيط في اصول الحنفية تأليف أحمد فهمي ابو سنة ص ٢٥٣ — ٢٥٤ : « أجمع العلماء على أن الكفار مخاطبون بأحكام المعاملات والعقوبات من حيث اعتقاد أنها من عند الله ووجوب ادائها عليهم في الدنيا » . التشريع الاسلامي لغير المسلمين ص ١٩ : « اتفقوا ، أي العلماء ، على انه — أي غير المسلم — في شؤون المعاملات والعقوبات كالمسلم لأن المقصود من المعاملات مثل البيع والشراء مصالح الدنيا ، والحاجة بالنسبة الى المعاملات موجودة عنده » .
المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل ص ٥٨ : « والكفار مخاطبون بفروع الاسلام على اصح القولين » . الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٧٨ : لان المذهب خطابهم — اي غير المسلمين — بفروع الشريعة . جواهر الكلام في فقه الشيعة الامامية ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « والمذهب على اشتراكهم — اي الكفار — معنا في الفروع » . شرح النيل جـ ٨ ص ٥٤٠ : « اذ الحق انهم مخاطبون بفروع الشريعة ومنها حكم اللعان » .

٤٦٦ — أولا — يجوز لغير المسلمين ، بخلاف المسلمين ، التصرف في الخمر والخنزير في دار الاسلام ، وهذا ما صرح به الحنفية والزيدية . لأنهم مقرون على أن تكون الخمر مالاً لهم ، وكذا الخنزير ، إذ لو لم يجز تصرفهم فيهما والإنتفاع بهما لما كانا متقومين في حقهم . وقد روي أن المسلمين كانوا يأخذون الخمر من أهل الذمة في العشور ، فكتب اليهم عمر رضي الله عنه : أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها . ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بذلك . فالخمر والخنزير من الأموال المتقومة في حق غير المسلمين كالخل والشاة في حقنا ، كما يقول الحنفية ، فيجوز انتفاعهم بهما في حكم الشرع [1] . والمستأمن كالذمي في جواز التصرف في الخمر والخنزير [2] . إلا أنه اذا باع غير المسلم من غير المسلم خمراً أو خنزيراً ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فإن البيع يفسخ لحرمة البيع والشراء بإسلامهما ، فيحرم القبض والتسليم أيضاً . يدل على ذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين » والأمر بترك ما بقي من الربا نهي عن قبضه لحرمته في الاسلام ، فكذلك الخمر والخنزير لا يجوز فيهما القبض والتسليم لأنهما محرمان في حق المسلم ، واذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة فيبطله القاضي . أما اذا كان إسلامهما أو أحدهما بعد القبض فإن البيع لا يفسخ ، لأن الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حال الكفر ، والذي يوجد بعد الاسلام هو دوام الملك ، والاسلام لا ينافيه [3] .

من هذا ، يتبين أن استثناء غير المسلمين في جواز تصرفهم في الخمر

---

(١) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٦ ، الكاساني جـ ٥ ص ١٤٣ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ٤٧٨ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ٣٠٩ .

(٢) شرح السير الكبير جـ ٣ ص ٢٢٦ .

(٣) الكاساني جـ ٥ ص ١٤٣ .

والخنزير ، مبناه رعاية إعتقادهم في حلهما ، فلا تعلق لهـذا الإستثناء بأمر آخر •

٤٦٧ ـ ثانياً ـ عند الحنفية والزيدية الضمان على غاصب أو متلف خمر غير المسلم أو خنزيره ، لأنهما من الأموال المتقومة في حق الذمي بخلاف المسلم ، وبهذا قال المالكية اذا لم يظهر الذمي الخمر والخنزير • وعند الحنابلة والشافعية لا ضمان على غاصبهما أو متلفهما سواء كان الخمر والخنزير لمسلم أو لغير مسلم ، وسواء كان الغاصب أو المتلف مسلماً أو غير مسلم • ويعللون ذلك بأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق غير المسلم [١] •

والراجح قول الحنفية ومن وافقهم ، لأن الخمر أو الخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة فلا يجوز الاعتداء عليه ، وهو في حفظ وحماية الدولة الاسلامية • ومن ضرورات الحفظ والحماية وعدم الاعتداء عليه ، إيجاب الضمان على متلفه أو غاصبه وإلا لم يكن معنى للقول بعصمة مال غير المسلم وحمايته في دار الاسلام •

٤٦٨ ـ ثالثاً ـ عند الحنفية ، اذا استأجر ذمي من ذمي أو من مسلم داراً في مصر من أمصار المسلمين وشرط في العقد اتخاذها مصلى للعامة حسب ديانته لم تجز الإجارة ، لأن هذا إستئجار على المعصية • أما لو إستأجرها دون أن يشترط ذلك في العقد وأراد الذمي اتخاذها محلا للعبادة فالعقد صحيح ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك عن طريق الحسبة لأن فيه إحداث شعائر لهم في دار الاسلام ، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه [٢] •

---

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٦ ، ١١٣ ، الكاساني ج ٦ ص ١٣٥ ، الأم ج ٤ ص ١٣١ ، المغني ج ٥ ص ١٧٦ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٥ ، البحر الزخار ج ٤ ص ١٧٤ ـ ١٧٥ ، الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٤٦ •

(٢) الكاساني ج ٤ ص ١٧٥ •

وعند الحنابلة لا تصح إجارة الدار لاتخاذها كنيسة أو بيت نار لأن ذلك إعانة على المعصية ، سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشرط ما دامت القرائن تدل على أن هذا هو المقصود من الاجارة [١] .

والذي أراه أن الإجارة تجوز اذا كانت في محل يأذن فيه الامام بإحداث الكنائس والبيع لغير المسلمين [٢] إذ في هذه الحالة يجوز لمالك المأجور الذمي أو المستأمن أن يجعل ملكه محلاً للعبادة فإيجارها لهذا الغرض يجوز كذلك . ولكن لا أرى جواز ذلك في حق المسلم ، فليس له أن يؤجر ملكه لاتخاذه محل عبادة لغير المسلمين .

٤٦٩ — رابعاً — قال الحنابلة لا يجوز للذمي أن يستأجر مسلماً ليخدمه ، لأن الاستخدام إستذلال ، فكان في إجارة المسلم نفسه من الكافر إذلال لنفسه ، وليس للمسلم أن يذل نفسه . وعند الحنفية يجوز مع الكراهة وهو قول الشافعي . ووجه الجواز أنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع . أما اذا استأجر الذمي مسلماً لعمل شيء كخياطة ثوب فقد أجاز الفقهاء هذه الإجارة بغير خلاف ، فقد آجر علي بن أبي طالب رضي الله عنه نفسه من يهودي يسقي له ، وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فلم ينكره ، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم فأشبه مبايعته [٣] .

والذي أراه أن استئجار الذمي مسلماً للعمل والخدمة إجارة صحيحة إلا اذا قضى العرف بامتهانها فينبغي أن يبتعد عنها المسلم لأنه لا ينبغي لمسلم أن يذل نفسه .

٤٧٠ — خامساً — قال الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية لا يجوز

---

(١) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٩١ .

(٢) فقرة ٨٧ ص ٩٨ من هذه الرسالة .

(٣) المغني جـ ٥ ص ٥٠٥ ، الأم جـ ٥ ص ٢٠٥ ، الكاساني جـ ٤ ص ١٨٩ ، الخلاف للطوسي جـ ٢ ص ٨٤ .

للكافر أن يشتري مصحفاً خوفاً من ابتذاله والإستهانة به ، ويفسخ هذا الشراء . وعند المالكية يحرم بيع المصحف من الكافر ، إلا أن البيع صحيح على المشهور ويجبر الكافر المشتري على إخراجه عن ملكه ببيع ونحوه . وذهب الظاهرية الى الجواز ، فيجوز لغير المسلم أن يشتري مصحفاً ، سواء كان البائع مسلماً أو غير مسلم لأنه بيع والله تعالى يقول « وأحل الله البيع وحرم الربا » . والذي يباع في الحقيقة هو الرق والقرطاس والمداد ، وهذه الأشياء يجوز بيعها [١] .

والراجح هو قول الظاهرية للآية التي احتجوا بها ، ولأن من سبل التبشير بدعوة الاسلام تيسير اطلاع غير المسلم على القرآن الكريم وإهدائه اليه ، إذ عسى أن يكون اطلاعه عليه سبباً الى إيمانه وهدايته .

٤٧١ ـ سادساً ـ عند الشافعية يكره للمسلم أن يشارك غير المسلم في المعاملات المالية لما روي عن ابن عباس أنه قال : « لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً لأنهم يربون ، والربا لا يحل » [٢] . وقال الحنابلة تجوز المشاركة بشرط أن لا يخلو غير المسلم بالمال دون المسلم ، لأن غير المسلم يعمل بالربا ، فإذا تولى المسلم تصرفات الشركة بنفسه زال المحذور فتجوز الشركة [٣] .

وقول الحنابلة هو الراجح لأن المحذور الذي تخوف منه الشافعية يزول بما اشترطه الحنابلة .

٤٧٢ ـ سابعاً ـ عند الحنابلة والزيدية والشيعة الامامية والاباضية لا شفعة لكافر على مسلم ، وتثبت للمسلم على الكافر . وعند مالك

---

(١) الأم جـ ٥ ص ٢٠٥ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٥ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ١٢٦ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٥ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٥ — ٤٧ .

(٢) الأم جـ ٥ ص ٢٠٥ ، المهذب جـ ١ ص ٣٤٦ .

(٣) المغني جـ ٥ ص ١ — ٢ .

والشافعي والحنفية تثبت الشفعة لغير المسلم على المسلم .

احتج أصحاب القول الأول بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا شفعة لنصراني » . وبان الشفعة إنما ثبتت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه ، فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم أن يكون الذمي في هذا كالمسلم ، لأن حق المسلم أرجح ورعايته أولى .

واحتج القائلون بالشفعة لغير المسلم على المسلم بعموم الأخبار الواردة في ثبوت حق الشفعة للشفيع دون تفريق بين مسلم وغير مسلم ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل له — أي المالك — أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » . وبأن الشفعة كالخيار الثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالبيع [1] .

والراجح ، عندي ، قول من أثبت الشفعة لغير المسلم على المسلم لأن دفع الضرر عن غير المسلم واجب كما هو واجب في حق المسلم ، لاحتياجه اليه كاحتياج المسلم الى ذلك . أما الحديث الذي احتجوا به وهو « لا شفعة لنصراني » فلم يروه أصحاب الصحاح كالبخاري ومسلم [2] ، بخلاف الأخبار العامة القاضية بثبوت الشفعة للشفيع ، ومنها الحديث الذي ذكرناه فقد رواه الامام مسلم في صحيحه كما رواه غيره [3] ، فهو أولى بالقبول من حديثهم . وأيضاً فإن الشفعة أمر دنيوي وحق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه ، والمسلم وغير

(١) المغني جـ ٥ ص ٣٥٧ — ٣٥٨ ، الخلاف للطوسي جـ ٢ ص ١٩٢ ، سفينة النجاة جـ ٢ ص ٢٦ ، المختصر النافع ص ٢٥٩ ، الحطاب جـ ٥ ص ٣١٠ ، المواق جـ ٥ ص ٣١٠ ، شرح النيل جـ ٣ ص ٦٥٥ — ٦٥٦ . فتح العزيز جـ ٧ ص ٦ ، شرح الأزهار جـ ٣ ص ٢٠٧ .

(٢) ولم يروه الامام احمد في مسنده ، وانما رواه ابن عدي والبيهقي كما جاء في منتخب كنز العمال جـ ٣ ص ٤٨ .

(٣) صحيح مسلم جـ ٧ ص ٤٧ ، سنن ابي داود جـ ٥ ص ١٦٦ ، سنن النسائي جـ ٧ ص ٣٠١ .

المسلم في ذلك سواء ، ألا يرى أن المسلم يشتري من غير المسلم وبالعكس [١] .

٤٧٣ – ثامناً – عند الشافعية والزيدية والشيعة الامامية لا يتملك الذمي الأرض الميتة بالإحياء ولو أذن له الامام ، فلو أحيا ذمي أرضاً نزعت منه . وقال بعض الشيعة الامامية اذا أذن الامام للذمي بالإحياء ففي تملكه قولان . إلا أن الطوسي ، من أئمة الشيعة ، ذكر في كتابه الخلاف أن الذمي يملك بالإحياء اذا أذن له الامام ، ولم يذكر فيما قاله خلافاً عند الشيعة .

وعند الحنابلة يملك الذمي الأرض الموات بالإحياء محتجين بعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » . وبأن التملك عن طريق إحياء الموات سبب من أسباب الملك فيستوي فيه المسلم والذمي كسائر أسباب الملك الأخرى . ومذهب الحنفية كمذهب الحنابلة [٢] .

والذي يترجح عندي أن الذمي كالمسلم في إحياء موات الأرض لما قاله الحنابلة فلا مبرر لاستثناء الذمي في هذه المسألة . وما احتج به الزيدية لمذهبهم ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم في أرض الموات : « هي لله وللرسول ثم هي لكم من بعدي » [٣] لا حجة لهم فيه لأن الخطاب توجه الى المسلمين لأنهم هم الذين كانوا في حضرته صلى الله

---

(١) الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٥٢ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٢ ، المهذب جـ ١ ص ٤٢٩ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، في باب احياء الموات ، فتح العزيز جـ ٧ ص ١٥٧ ، شرح الأزهار جـ ٣ ص ٣١٩ ، الكاساني جـ ٦ ص ١٩٢ ، المغني جـ ٥ ص ٥١٥ – ٥١٦ ، الخلاف للطوسي جـ ٢ ص ٢٢٢ . وعند المالكية يتملك الذمي بالاحياء فيما بعد لا فيما قرب من العمران : الحطاب جـ ٥ ص ١٠ ، المواق جـ ٦ ص ١٢ .

(٣) شرح الأزهار جـ ٣ ص ٣١٩ .

عليه وسلم فلا يمنع أن يدخل في هذا الحكم غير المسلمين .

٤٧٤ — تاسعاً — الوكالة : الوكالة بين المسلم وغير المسلم جائزة . وهذا ما نص عليه الحنابلة والحنفية والزيدية ، لأن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة ، مسلماً كان أو كافراً . وكل من يملك التصرف في شيء لنفسه يصح أن يتوكل فيه لغيره، ومن لا فلا. وهذه هي القاعدة عند الحنابلة والزيدية. وعلى ضوئها قالوا لا يصح أن يوكل المسلم كافراً في قبول النكاح له من مسلمة ، لأن الذمي لا يملك عقد هذا النكاح لنفسه . والشافعية منعوا هذا التوكيل أيضاً بحجة أن النكاح لا يخلوا من شائبة العبادة فلا يوكل فيه غير المسلم . أما الحنفية فالشرط عندهم لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك فعل ما وكل به ، وأن يكون الوكيل عاقلاً مسلماً كان أو غير مسلم . وعلى هذا قالوا بصحة توكيل المسلم غير المسلم في قبول النكاح لـه من مسلمة ، وان كان الذمي لا يملك التزوج بمسلمة . وبقول الحنفية قال المالكية فعندهم تصح هذه الوكالة [١] .

والذي يترجح عندي هو أن المسلم له أن يوكل الذمي في قبول نكاح المسلمة له وان كان الذمي لا يملك نكاحها ، ويضرب الامام ابن تيمية المثل بتوكيل خال المرأة في قبول نكاحها للموكل ، فيقول : « يجوز توكله في قبول نكاحها للموكل وإن كان لا يجوز له تزوجها ، كذلك الذمي اذا توكل في نكاح مسلم وان كان لا يجوز له تزوج المسلمة » [٢] .

---

(١) المغني جـ ٥ ص ٧٩ — ٨٠ ، و ص ١١٦ : وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً او مستأمناً . شرح الأزهار جـ ٤ ص ٢٤٦ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٥٧ — ٥٨ ، الكاساني جـ ٦ ص ٢٠ — ٢٢ ، شرح الكنز للزيلعي وحاشية الشلبي جـ ٤ ص ٢٥٤ — ٢٥٥ ، الزرقاني على مختصر خليل جـ ٣ ص ١٨٢ ، البهجة في شرح التحفة للتسولي المالكي جـ ١ ص ١٩٠ ، الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤٧٦ — ٤٧٧ .

(٢) الفتاوى لابن تيمية جـ ٤ ص ٨٨ .

٤٧٥ — عاشراً — ذهب الظاهرية الى بطلان البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، فلا يحل مباشرة البيع في هذا الوقت لا من مسلم ولا من كافر ، وكل بيع وقع في هذا الوقت فهو مفسوخ • وقال غير الظاهرية بجواز هذا البيع مع الكراهة • احتج الظاهرية بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » • واحتجوا لسريان هذا الحكم على غير المسلمين بقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما أنزل الله » [1] •

المنع من البيع وقت النداء لصلاة الجمعة حتى لو كان يفيد الحرمة وبطلان البيع على رأي الظاهرية فإن هذا الحكم لا ينطبق على بيوع غير المسلمين في هذا الوقت ، لأن صلاة الجمعة لا تجب على غير المسلم كما هو معلوم ، وعلة الحكم بمنع البيع في وقت النداء هو لئلا ينشغل المسلم بالبيع فتفوته صلاة الجمعة ، وهذا المعنى لا يوجد بالنسبة لغير المسلم •

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ٢٦ •

الفصل الثاني

حكم معاملاتهم المالية في دار الحرب

٤٧٦ ـ ذكرنا أن القاعدة العامة في المعاملات المالية بالنسبة لغير المسلمين في دار الاسلام هي انهم فيها كالمسلمين . وقد حصل اختلاف بين الفقهاء في حكم المعاملات في دار الحرب يجريها مسلم أو ذمي مع حربي ، أو يجريها حربي مع حربي ثم يأتي الحربي إلينا مستأمناً ، ويرجع المسلم أو الذمي الى دار الاسلام . فهل يترتب على هذه المعاملات أثرها بالنسبة الى أطراف العلاقة كما لو أجريت هذه المعاملة في دار الاسلام أم لا ؟

٤٧٧ ـ الأصل عند الحنفية أن المعاملات المالية ، كالتصرفات القولية التي تقع في دار الحرب بين مسلم أو ذمي وبين حربي ، لا يترتب عليها أثرها . فلو أقرض مسلم أو ذمي حربياً أو أقرض حربي مسلماً أو ذمياً ثم رجع المسلم أو الذمي الى دار الاسلام ، وخرج الحربي الينا مستأمناً ، فإن القاضي المسلم لا يقضي لأحدهما على الآخر بالدين .

وكذلك الحكم في التصرفات الفعلية التي يترتب عليها أثر مالي كالغصب والإتلاف . فلو غصب مسلم أو ذمي من حربي مالاً أو بالعكس ثم خرجوا الى دار الاسلام فإن القاضي المسلم لا يقضي بالضمان لأحدهم على الآخر .

والحجة لهذا الرأي أن التصرف في دار الحرب وقع غير مستوجب أثره لانعدام ولايتنا عليهم وانعدام ولايتهم علينا ، ولأن هذا التصرف صادف مالاً غير مضمون فلا يترتب عليه حق أو دين لأحدهم على الآخر ، لأن الأصل أن مال أهل دار الحرب مباح لأهل دار الاسلام

وبالعكس ، وإنما التزم المسلم والذمي بالأمان الامتناع عن أذى الحربيين والتجاوز على حقوقهم مدة بقائهما في دار الحرب ، كما التزم أهل دار الحرب أيضاً كف أذاهم عمن دخل اليهم بآمان من أهل دار الاسلام . فإذا غصب المسلم أو الذمي مالاً لحربي أو بالعكس فإن الغاصب يكون قد وضع يده على مال مباح إلا أن فعله يعتبر غدراً منه وحنثاً بعهده اذ لم يرع حق الأمان ، ولكن الغدر أو الحنث بالعهد وان كان مذموماً فليس هو في ذاته سبباً لتحريم المال المباح وإيجاب الضمان على آخذه . وكذلك الحكم عند الحنفية اذا جرت المعاملة بين حربيين في دار الحرب ثم خرجا الى دار الاسلام مستأمنين ، فإن القاضي لا يقضي لأحدهما بشيء على الآخر . فلو أقرض حربي حربياً في دار الحرب ثم خرجا إلينا مستأمنين فإن القاضي المسلم لا يقضي للدائن بالدين على صاحبه لانعدام ولايتنا عليهم وقت المعاملة فلم تقع معاملتهم مستوجبة الحكم الذي يترتب عليها لو كانت قد وقعت في دار الاسلام . أما اذا كان سبب الدين قد انعقد بين مسلم أو ذمي وبين مسلم ، أو بين ذمي وذمي ، دخلوا دار الحرب بأمان ثم رجعوا الى دار الاسلام ، فإن القاضي المسلم في هذه الحالة يقضي بالدين لصاحبه على الآخر ، لأن مال المسلم والذمي معصوم في حق الآخر ، لأنهما من أهل دار الاسلام حكماً وإن كانا في دار الحرب حقيقة ، واذا تعذر الحكم بالدين لصاحبه على المدين به في دار الحرب فإنه لا يتعذر في دار الاسلام لثبوت الولاية الكاملة عليهما وقت التقاضي [1] .

٤٧٨ — والأصل عند الشافعية والزيدية والشيعة الامامية والحنابلة أن المعاملات في دار الحرب معتبرة ويقضى بموجبها في دار الاسلام سواء كانت بين حربيين ، أو بين حربي ومسلم أو ذمي ، أو كانت بين من هم من أهل دار الاسلام ، من مسلمين أو ذميين دخلوا دار الحرب بأمان .

(١) الكاساني جـ ٧ ص ١٣٢ — ١٣٣ .

والحجة لهذا الرأي أن المعاملة اذا جرت بين مسلم أو ذمي وبين حربي ، كمعاملة قرض مثلاً ، فإن الأمان يقضي بلزوم الوفاء بمقتضى هذه المعاملة وبضمان المال بالنسبة للطرفين ، ولو جبراً عن طريق القضاء . لأن مقتضى الأمان رعاية حق الآخر وعدم الاعتداء عليه . بل ان الحنابلة وكذا الزيدية ذهبوا الى مدى بعيد في لزوم الوفاء بالالتزامات التي تقع بين أهل دار الاسلام وبين أهل دار الحرب في دار الحرب ، فعندهم أن الأسير المسلم اذا أطلق الكفار سراحه واستحلفوه أو اشترطوا عليه أن يبعث اليهم بفدائه أو يعود اليهم ولم يكرهوه على هذا الالتزام ثم قدر على الفداء الذي التزمه أو على المال الذي اشترطه على نفسه ازمه الأداء . واحتج الحنابلة بقوله تعالى : « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم » ، وبأن النبي صلى الله عليه وسلم لما عقد صلح الحديبية مع أهل مكة وكان من شروط ذلك العقد أن يرد النبي صلى الله عليه وسلم من يأتيه من أهل مكة مسلماً ، وفى لهم النبي صلى الله عليه وسلم بهذا الشرط وقال : « إنا لا يصلح في ديننا الغدر » ، ولأن المسلم الأسير لما عاهدهم على أداء مال لزمه الوفاء به كما يلزمه ثمن المبيع بموجب عقد البيع . أما اذا عجز الأسير عن الفداء فإن في رجوعه اليهم وتسليم نفسه اليهم روايتين في المذهب الحنبلي .

واذا كانت المعاملة بين حربي وحربي فكذلك الحكم ، أي يترتب على المعاملة أثرها ويلزم حكمها الطرفين ، ويقضي بموجبها القاضي المسلم اذا خرجا الى دار الاسلام مسلمين أو ذميين أو مستأمنين ، لأن أحدهما لم يبذل ماله لصاحبه إلا على سبيل المعاوضة وأخذ البدل ، فلابد أن يستحق هذا البدل من صاحبه ولو جبراً عن طريق القضاء .

واذا كانت المعاملة بين من هو من أهل دار الاسلام وبين آخر من أهل دار الاسلام أيضاً دخلا دار الحرب بأمان ، فإن المعاملة معتبرة

أيضاً ويترتب عليها أثرها ويقضى بموجبها . وهذا هو مقتضى قول الشافعية والحنابلة ومن وافقهم وان لم يصرحوا بذلك ، لأنه اذا كان الوفاء واجباً على المسلم نحو الحربي بموجب معاملة يجريها معه في دار الحرب ، فمن الأولى وجوب الوفاء على من هو من أهل دار الاسلام نحو من هو من أهل دار الاسلام بموجب معاملة يجريها معه في دار الحرب . ويمكن الاحتجاج أيضاً لهذا الذي أقوله بأن حكم الاسلام يتبع من هو من أهل دار الاسلام أينما كان فيبقى ماله معصوماً في حق من هو من أهل دار الاسلام ، ولا يجوز التجاوز عليه من قبله . وكون المعاملة جرت في دار الحرب لا ينفي لزوم الوفاء بدين أحدهما على الآخر بموجب تلك المعاملة (١) .

٤٧٩ — والراجح عندي هو قول الحنابلة ومن وافقهم نظراً لما احتجوا به . ولأن حجة الحنفية يمكن أن تعارض بالقول بأن مال المسلم أو الذمي معصوم في حق الحربي بسبب الأمان ، وكذا مال الحربي معصوم بالنسبة للمسلم أو الذمي بمقتضى الأمان أيضاً . وولاية دار الاسلام وان لم تكن ثابتة فعلاً وقت إيقاع المعاملة في دار الحرب إلا أنها تثبت فعلاً في دار الاسلام وعند تقاضي الخصوم أمام القاضي المسلم

(١) المغني جـ ٨ ص ٤٥٨ ، ٤٨٢ — ٤٨٣ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٨١ ، الخلاف للطوسي جـ ٣ ص ٢٣٣ : « اذا دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرق منهم شيئاً أو استقرض من حربي مالاً وعاد الينا فدخل صاحب المال بأمان كان له عليه رده . دليلنا قوله تعالى : « ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى اهلها » وهذا دخل بأمان . ولأن استحلال مال الغير يحتاج الى دليل مثبت وليس في الشرع ما يدل على ذلك » . فتح العزيز جـ ١٦ ص ١١١ . « دخل مسلم دار الحرب بأمان فاستقرض منهم شيئاً أو سرق وعاد الى دار الاسلام بأمان فعلى المسلم رد مااستقرض أو سرق ، لانه ليس له التعرض لمالهم اذا دخل بأمان » . البحر الزخار جـ ٥ ص ٤٠٨ : « واذا اطلق المشركون اسيراً مسلماً على ان يقف معهم ... وان شرط لهم مالاً يدفعه اليهم من دار الاسلام فوجهان : أصحهما يلزمه الوفاء لقوله تعالى : اوفوا العقود » . وفي ص ٤٠٩ منه : « وعلى المسلم ان يقضي ما استقرضه من دار الحرب اذا اخذه بعقد معاملة ، ومعاملة المسلمين لهم صحيحة » .

بسبب معاملاتهم في دار الحرب .

٤٨٠ ــ ما عليه العمل الآن :

المقرر في الوقت الحاضر ، في العربية المتحدة وفي العراق ، كما هو الشأن في الدول الحديثة ، ان العلاقات القانونية الأجنبية في أحد عناصرها على الأقل [١] ، يترتب عليها أثرها القانوني طبقاً للقانون الواجب التطبيق الذي يحكمها . وعلى هذا فالمعاملات التي يجريها رعايا الجمهورية العربية المتحدة أو العراق أو الأجانب خارج اقليم الدولة تخضع للقانون الذي تدل عليه قواعد الإسناد العربية أو العراقية ، ويطبقه القاضي العربي أو العراقي اذا ما انعقد له الاختصاص في نظر الدعوى .

وقد نظم القانون المدني في العربية المتحدة قواعد تنازع القوانين في هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي في المواد من ١٠ ــ ٢٨ فذكر فيها طائفة من هذه القواعد التي تدل على القانون الواجب التطبيق في هذه العلاقات القانونية . وكذلك نص القانون المدني العراقي في المواد من ١٧ ــ ٣٣ على طائفة من قواعد الإسناد لتدل على القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، كالمعاملات التي يجريها العراقيون في الخارج فيما بينهم أو مع الأجانب [٢] .

---

(١) عناصر العلاقة القانونية هي : السبب المنشيء ، واطراف العلاقة ، وموضوعها . ويتعين السبب المنشيء بالزمان والمكان ، ولهذا التعيين اهمية في تحديد القانون الذي يحكم الرابطة القانونية : المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي ص ٤٩ .

(٢) نصت المادة ١٤ من القانون المدني العراقي على انه : « يقاضى العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج » .

ونصت المادة ١٥ منه ايضاً على انه : « يقاضى الأجنبي امام محاكم العراق في الأحوال الآتية :

أ ــ اذا وجد في العراق .

ب ــ اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى .

جـ ــ اذا كان موضوع التقاضي عقداً تم ابرامه في العراق او كان واجب التنفيذ فيه او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق .

ومن هذا كله يتضح ان القانون في العربية المتحدة وفي العراق لم يأخذ بالرأي الحنفي في عـدم اعتبار المعاملات في دار الحرب .

وفي العربيـة السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، تعتبر المعاملات في دار الحرب قانونية ويترتب عليها أثرها ، كالتي يجريها سعودي في الخارج ، وتقضي فيها محاكم هذه البلاد بموجب القانون الواجب التطبيق وهو الشريعة الاسلامية طبقاً للفقه الحنبلي .

الباب الثالث

خضوع الذميين والمستأمنين
لولاية القضاء العامة

تمهيـــد :

٤٨١ ـ القضاء في الشرع قول ملزم يصدر عن ولاية عامة [1] أو هو فصل الخصومات وقطع المنازعات [2] . ومكانته في الاسلام عظيمة ، حتى قال الفقهاء : القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى [3] . وقرروا ان نصب القاضي فرض لأنه ينصب لاقامة أمر مفروض وهو القضاء بين الناس ، قال تعالى : « يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله » . وقال تعالى لنبيه محمد صلى الله عليه

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٠٦ . والولاية قد تكون قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه ما دام اهلاً للتعاقد ، وقد تكون متعدية وهي ولاية الشخص على غيره . وهذه الولاية المتعدية قد تكون مستمدة من الشارع ابتداءً بناء على امر عارض جعله علة لثبوتها كولاية الاب والجد الصحيح على الصغير ، وقد تكون مستمدة من الغير ، وهذه الولاية المستمدة من الغير قد تكون عامة كولاية الخليفة على المسلمين وما تفرع عنها من الولايات العامة كولاية القضاء ، فان ولاية الخليفة مستمدة من المسلمين بسبب بيعتهم له ، وقد تكون خاصة كولاية الوصي والوكيل : النيابة عن الغير في التصرف لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٤ ـ ٥ ، والفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٤٦٧ ـ ٤٦٨ .

(٢) الدر المختار جـ ٤ ص ٤١١ .

(٣) شرح العناية جـ ٥ ص ٤٥٣ .

وسلم : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » (١) • ومما يؤيد ان نصب القاضي فرض هو أن نصب الخليفة فرض على الأمة بلا خلاف لاجماع الصحابة على ذلك ، وللحاجة اليه لتنفيذ الأحكام وإنصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات وغير ذلك من المصالح العامة التي لا تقوم إلا بالامام • والامام « الخليفة » لا يمكنه القيام بما نصب لـه بنفسه ، فيحتاج الى نائب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي • ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الآفاق قضاة ، فبعث معاذ بن جبل الى اليمن وبعث عتاب بن أسيد الى مكة ، فضلا عن أنه صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس بنفسه • وكذلك فعل الخلفاء الراشدون ، حكموا بأنفسهم وقلدوا غيرهم القضاء ، فعمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث أبا موسى الأشعري الى البصرة قاضياً ، وبعث عبدالله بن مسعود الى الكوفة قاضياً • ومن هذا كله يتبين لنا عظيم منزلة القضاء في الاسلام وانه كما قالوا : فريضة محكمة وسنة متبعة ، ولكنه فرض على الكفاية (٢) •

وسأتكلم في هذا الباب عن مدى ولاية القضاء العامة في دار الاسلام على الذميين والمستأمنين في علاقاتهم مع الأفراد ، وعن القانون الواجب التطبيق في قضاياهم • ثم أبين حكم ولايتهم على قضاياهم

---

(١) الآية الأولى في سورة (ص) جـ ٢٣ ، الآية ٢٦ ، والآية الثانية في سورة المائدة جـ ٦ ، الآيـة ٤٨ . ويلاحظ هنـا ان الفرض عند الحنفية غير الواجب ، فالأول ما طلبه الشارع جزماً وكان دليله قطعياً في الثبوت والدلالة مثل ثبوت الصلاة ولزومها على المكلف فقد ثبت ذلك بدليل قطعي . والواجب ما كان دليل طلبه جزماً دليلا ظنياً كقراءة الفاتحة في الصلاة الثابتة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا صلاة لمن لم يقرأ الفاتحة » . أما غير الأحناف فلا فرق عندهم بين الفرض والواجب فهما مترادفان ويطلقان على كل حكم اقتضائي آمر على سبيل الجزم : مباحث الحكم عند الاصوليين لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٦٤ .

(٢) المغني جـ ٩ ص ٣٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٣٠٧ ، الكاساني جـ ٧ ص ٢ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٠٦ .

الخاصة ، ثم أختم هذا الباب ببيان المطبق بالنسبة لقضاياهم في الوقت الحاضر • وعلى هذا اقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول ــ ولاية القضاء العــامة عليهم والقانون الواجب التطبيق في قضاياهم •

الفصل الثاني ــ حكم ولايتهم على قضاياهم الخاصة •

الفصل الثالث ــ المطبق بالنسبة لقضاياهم في الوقت الحاضر •

الفصل الأول

ولاية القضاء العامة عليهم
والقانون الواجب التطبيق في قضاياهم

المبحث الأول

ولاية القضاء العامة عليهم

٤٨٢ ـ اولا ـ مذهب الشافعية :

أ ـ اذا كان أحد طرفي الدعوى مسلماً ، وجب على القاضي الحكم بينهما سواء كان الطرف الثاني ذمياً أو مستأمناً ، وسواء كان موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره ، وسواء ترافعا أو ترافع أحدهما ، وسواء كان المسلم مدعياً أو مدعى عليه ، لأن على القاضي دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر [١] .

ب ـ اذا كان طرفا الدعوى ذميين واتفقت ملتهما ، فالقول الأظهر في المذهب وجوب الحكم بينهما لقوله تعالى : « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله » ولأنه يجب على الحاكم المسلم منع الظلم عن أهل الذمة . والذمي والمعاهد كالذميين . أما إذا كانا مختلفين في الملة فالحكم يجب بينهما جزماً كما قال صاحب مغني المحتاج . وهذا كله سواء كان موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره ، وسواء ترافعا إلينا أو أحدهما [٢] .

---

(١) الام جـ ٢ ص ٢٩٣ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٧٣ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١١٦ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٥ .

(٢) الأم جـ ٣ ص ٢٩٣ ، و جـ ٤ ص ١٣٠ ، و جـ ٥ ص ١٩١ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١١٦ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٥ ، تفسير الرازي جـ ١١ ص ٢٣٥ . وآية « وأن احكم بينهم بما انزل الله » في سورة المائدة جـ ٦ الآية ٤٩ .

جـ ـ اذا كان طرفا الدعوى مستأمنين ، فيشترط لجواز الحكم بينهما ترافعهما ورضاهما بحكمنا . فإذا ما ترافعا الى القاضي راضيين بحكمه ، فحاكم المسلمين مخيَّر بين الحكم بينهما وبين الإعراض عنهما . والحجة لهذا القول ، قوله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » فهذه الآية الكريمة خاصة بالمعاهدين الذين لهم مع المسلمين عهد الى مدة فلا تشملهم الآية الكريمة « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » التي أفادت وجوب الحكم ، إذ أنها خاصة بأهل الذمة [١] .

٤٨٣ ـ ثانياً ـ مذهب الحنابلة والمالكية والشيعة الامامية :

وعند هؤلاء يشترط رضا المدعي والمدعى عليه المستأمنين برفع الدعوى الى الحاكم المسلم للحكم بينهما . وعند الحنابلة ، يكفي بالنسبة الى أهل الذمة رفع أحدهما دعواه الى القاضي والطلب منه الحكم له على خصمه الذمي . أما المالكية والشيعة الامامية فقد اشترطوا أيضاً رضا الخصمين الذميين في الترافع الى الحاكم المسلم . فإذا تم شرط الترافع ، فالحاكم المسلم مخيَّر بين الحكم وعدمه ولا يلزمه الحكم بينهما لقوله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » . واذا كان أحد طرفي الدعوى مسلماً وجب الحكم بين الخصمين لانصاف المسلم من غيره أو رده عن ظلمه إن كان هو المعتدي . وهذا كله سواء أكان موضوع الدعوى نكاحاً أم غير [٢] .

---

(١) أحكام القرآن للشافعي جـ ٢ ص ٧٦ ـ ٧٩ ، تفسير الرازي جـ ١١ ص ٢٣٥ ، الأم جـ ٥ ص ١٩١ ، مختصر المزني جـ ٥ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٧٢ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١١٦ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٩٥ .

(٢) الآية « فان جاؤك ... الخ » وردت في سورة المائدة جـ ٤ ، الآية ٤٢ . المغني جـ ٨ ص ٥٣٥ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٧٣١ ، شرح منتهى الارادات جـ ١ ص ٧٤٣ . المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٦١ ، تفسير القرطبي جـ٦ ص١٨٤ ارشاد الأمةالىاحكام الحكم بيناهل الذمة ←

٤٨٤ — ثالثاً — مذهب الظاهرية والزيدية :

قال الظاهرية يجب على الحاكم المسلم أن يحكم بين غير المسلمين سواء رضي الخصمان بالترافع الى الحاكم المسلم أو أحدهما ، لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » الناسخ لآية « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » . والظاهر أن قول الظاهرية هذا ينصرف الى الذميين والمستأمنين بلا تفريق بينهما [1] . والزيدية صرحوا بوجوب الحكم بين أهل الذمة دون اشتراط رضا الخصمين بالترافع الى الحاكم المسلم بل يكفي عندهم رفع أحدهما دعواه الى الحاكم للحكم بينهما [2] . ولم يذكر الزيدية المستأمنين ، فالظاهر انهم مثل الذميين

←←← للشيخ المرحوم محمد بخيت المطيعي ص ٢٠ ، مجمع البيان في تفسير القرآن للطبرسي جـ ٦ ص ١٠٠ ، التبيان في تفسير القرآن للسيد أبو القاسم الموسوي جـ ١ ص ٢٣٧ ، الخلاف للطوسي جـ ٢ ص ٣٩٢ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ : « أو تحاكم الينا ذميان مثلا كان الحاكم مخيراً بين الحكم عليهما بحكم الاسلام لقوله تعالى : « وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما انزل الله » وبين الأعراض عنهم بلا خلاف أجده فيه بيننا لقوله تعالى « فان جاؤك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم » . وخبر ابي بصير عن ابي جعفر أن الحاكم اذا أتاه أهل التوراة وأهل الانجيل يتحاكمون اليه كان ذلك اليه ان شاء حكم بينهم وان شاء تركهم . واذا ترافع الينا حربيان مستأمنان من غير أهل الذمة لا يجب على الحاكم الحكم بينهم اجماعا لأنه لا يجب على الامام دفع بعضهم عن بعض بخلاف أهل الذمة ، ولأن أهل الذمة آكد حرمة منهم فانهم يسكنون دار الاسلام على التأبيد . ولو ترافع ذمي مع مسلم او مستأمن مع مسلم وجب على الحاكم أن يحكم بينهم بما انزل الله لقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم » وغيره من العمومات الدالة على ذلك وعلى وجوب دفع الظلم والأمر بالمعروف والحكم بالعدل » .

(١) المحلى جـ ٩ ص ٤٢٥ : « ويحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم أهل الاسلام في كل شيء ، رضوا أم سخطوا ، أتونا أو لم يأتونا ، ولا يحل ردهم الى حكم دينهم ولا الى حكامهم أصلاً . وقال المخالفون قال الله تعالى : « فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » فقلنا هذه منسوخة ، نسخها قوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » .

(٢) شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٦٨ ، وهامش ٦ من نفس الصحيفة .

كما هي القاعدة العامة •

٤٨٥ ـ رابعاً ـ مذهب الحنفية :

أ ـ في غير دعوى النكاح ، يستوي الكفار مع المسلمين في خضوعهم لولاية القضاء العامة ، فلا يشترط ترافع الخصمين الى القاضي المسلم بل يكفي أن يرفع أحدهما دعواه الى الحاكم فيحكم فيما عرض عليه من نزاع [1] • والحجة لوجوب الحكم هو أن الآية الكريمة « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » نسخت « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » [2] •

ب ـ أما في دعوى النكاح ، فأبو حنيفة يشترط للحكم بين الخصمين رضاهما بالترافع الى القاضي المسلم • أما أصحابه : أبو يوسف ومحمد وزفر ، فانهم لا يشترطون رضا الخصمين في الترافع الى القاضي المسلم بل يكفي أن يرفع أحدهما الدعوى الى القاضي فيجب الحكم بينهما [3] • وحجتهم هي أنه لما رفع أحدهما دعوى النكاح الى القاضي فقد رضي بحكم الاسلام فيلزم إجراء الحكم في حقه فيتعدى الى الآخر كما إذا أسلم أحدهما • وحجة أبي حنيفة هي أن الكفار مقرون على أنكحتهم ولا يجوز التعرض لهم بشأنها فإذا رفع أحد الخصمين فإن الآخر الذي لم يرفع قد استحق باعتقاده وعدم رضاه بحكمنا بقاء النكاح وعدم التعرض له ، واستحقاقه بقاء النكاح وعدم التعرض له لا يبطل بمرافعة الآخر ، اذ لا يتغير بهذه المرافعة اعتقاده بل يعارضه ، فيبقى الأمر الشرعي بعدم التعرض بلا معارض • وهذا بخلاف ما لو أسلم أحدهما فإنه يجب الحكم في هذه الحالة لأن اعتقاد الآخر الذي لم يسلم لا يعارض

---

(١) الشيخ محمد بخيت المطيعي ، مؤلفه السابق ، ص ١٢ ـ ١٤ .

(٢) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٥ ، الناسخ والمنسوخ للحاس ص ١٢٨ .

(٣) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٦ ، كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٥٢ ، الشيخ محمد بخيت المطيعي ، مؤلفه السابق ، ص ١٢ ـ ١٤

اسلام المسلم لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ، وبخلاف ما لو ترافعا إلينا راضيين بحكمنا ، اذ يجب الحكم في هذه الحالة لرضاهما بحكمنا ويكون القاضي كالمحكم [١] .

٤٨٦ — وقد رجح صاحب تفسير المنار المرحوم محمد رشيد رضا قول الشافعية بأن التخيير الوارد في الآية الكريمة « فإن جاؤك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم » خاص بالمعاهدين دون أهل الذمة ، وانه باقٍ غير منسوخ ، ثم قال : وعلى هذا لا يجب على حكام المسلمين أن يحكموا بين الأجانب الذين هم في بلادهم وإن تحاكموا اليهم ، بل هم مخيرون بين الحكم وعدمه . وأما أهل الذمة فيجب الحكم بينهم اذا تحاكموا إلينا . ثم استبعد ، رحمه الله ، نسخ « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » بحجة أنـه لا يعقل أن تنزل آيات في سياق واحـد ويكون بعضها ناسخاً لبعض [٢] .

٤٨٧ — القول الراجح :

والراجح عنـدي هو وجوب الحكم بين غـير المسلمين ذميين كانوا أو مستأمنين متى ما ترافعوا الى القضاء الاسلامي دون اشتراط رضا الخصمين في الترافع الى القاضي المسلم بل يكفي رفع أحدهما الدعوى لوجوب الحكم فيها . والدليل على رجحان هذا القول ما يأتي :

اولا — ان مستند القائلين بتخيير الحاكم بين الحكم وعدمه هو قوله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » بحجة أن هذه الآية غير منسوخة ، فيبقى حكمها فيما نزلت فيه : اما بالنسبة للمستأمنين فقط على رأي البعض كالشافعي ، واما بالنسبة لجميع الكفار على رأي

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣١٢ ، الهداية وشرح العناية وفتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٤ — ٥٠٥ .

(٢) تفسـير المنار للمرحوم محمد رشيد رضا جـ ٦ ص ٣٩٤ .

البعض الآخر [١] .

ولكن حجة القائلين بالنسخ أولى من وجوه عديدة ، منها :

أ — ان أكثر العلماء ذهبوا الى نسخها [٢] ، بل ان البعض لم يذكر إلا القول بنسخها [٣] .

ب — القول بنسخها ثبت عن ابن عباس وعكرمة وغيرهما . والقول بالنسخ لا يقال عن طريق الرأي والاجتهاد وإنما طريقه التوقيف ، ولم يقل من أثبت التخيير ان آية التخيير نزلت بعد قوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وان التخيير نسخه [٤] .

جـ — قوله تعالى : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الكافرون » يدل على نسخ التخيير لأن من أعرض عن غير المسلمين ، كالذميين والمستأمنين ، لم يحكم في الحادثة التي اختصموا فيها بما أنزل الله [٥] .

د — ولو لم يأت الحديث عن ابن عباس بالنسخ لكان النظر يوجب أنها منسوخة ، لأن العلماء قد أجمعوا جميعاً على أن غير المسلمين اذا تحاكموا الى حاكم المسلمين فإن له أن يحكم بينهم ، وانه اذا حكم بينهم فهو مصيب ، ثم اختلفوا في الإعراض عنهم : هل يجوز له ذلك أم لا ؟ وهذا يقتضي أن يحكم بينهم لأنه يكون مصيباً عند الجميع ، وأن لا يعرض عنهم لئلا يكون تاركاً فرضاً عند القائلين بالنسخ فاعلاً ما لا يحل له ولا يسعه [٦] .

واذا ترجح القول بالنسخ وجب الحكم بين غير المسلمين سواء

---

(١) تفسير الرازي جـ ١١ ص ٢٣٥ .
(٢) تفسير القرطبي جـ ٦ ص ١٨٦ ، الناسخ والمنسوخ للنحاس ص١٢٩ .
(٣) تفسير ابن كثير جـ ٢ ص ٦٠ .
(٤) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٤ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٢٥ — ٤٢٦ .
(٥) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٥ .
(٦) الناسخ والمنسوخ للنحاس ص ١٢٩ — ١٣٠ .

كانوا ذميين أو مستأمنين ، ولا يشترط رضا الخصمين بالترافع الى القاضي ، بل يكفي أن يرفع أحد الخصمين دعواه فيجب على القاضي أن يحكم بينهما كما هو الحال بالنسبة للمسلمين ، لأنه ليس في قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » اشتراط رضا الخصمين بالترافع الى القاضي المسلم . فضلاً عن أن طبيعة الحكم والقضاء هو أن يرفع المتظلم دعواه فينظر الحاكم في مدعاه ويحكم له على خصمه اذا ثبت ادعاؤه دون توقف على رضا المدعى عليه وموافقته .

ثانياً — ان دفع الظلم عن أهل الذمـة والمحافظة على أموالهم وحقوقهم واجب على الدولة الاسلامية [١] ، فهم من أهل دار الاسلام ولهم ما لنا وعليهم ما علينا ، ولا يتأتى أداء هذا الواجب وهو المحافظة على أموالهم وحقوقهم إلا إذا وجدوا الحماية القضائية لهم . ولا تكون هذه الحماية تامة ومؤثرة ونافعة إلا اذا وجب الحكم متى رفع أحد الخصمين دعواه الى القاضي المسلم دون توقف على رضا الخصم الآخر . وكذلك المستأمنون ، فانهم في رعاية الدولة الاسلامية وقد استفادوا العصمة لأنفسهم وأموالهم بأمان المسلمين ، ومن تمام العصمة ولوازمها أن يجدوا الحماية لحقوقهم عن طريق القضاء بأن يجب على القاضي الحكم بينهم دون اشتراط رضا الخصمين منهم بالترافع الى القاضي المسلم ، بل يكفي أن يرفع أحدهم دعواه الى القاضي فيجب عليه الحكم في الدعوى . وتقييد الحكم بينهم بشرط تراضيهما بالترافع يعني أن استخلاص الحق لصاحبه متوقف على رضا الظالم بانتزاع الحق منه ورده الى أهله ، وهذا يؤدي الى ضياع الحق على صاحبه ، وهذه نتيجة لا تتفق وأهداف الشريعة الاسلامية التي تمنع الظلم وتأمر بإزالته حتى بالنسبة للمستأمنين [٢] . كما انه لا يتفق ومقتضى الأمان الممنوح

---

(١) ص ٨٩ — ٩٠ من هذه الرسالة .

(٢) فقرة ١٠٦ ص ٨٨ من هذه الرسالة .

للمستأمنين القول بأن القاضي مخير بين الحكم وعدمه بالنسبة اليهم .

٤٨٨ ـ ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

والمعمول به في الوقت الحاضر ، في العربية المتحدة والعراق والعربية السعودية هو عدم اشتراط رضا الخصمين في الترافع الى الحاكم وإنما يكفي رفع المدعي دعواه على خصمه لينظر الحاكم في الدعوى بحضور الخصمين ، واذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه في الميعاد الذي حدد له ، فإن المرافعة تجري في غيابه ، ويحكم عليه اذا قامت البينة للمدعي .

ففي العربية المتحدة نصت المادة ٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على انه : « ترفع الدعوى الى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تعلن للمدعى عليه » ونصت المادة ٩٥ منه : « اذا لم يحضر المدعى عليه الجلسة الأولى حكمت المحكمة في غيبته بعد التحقق من صحة إعلانه » .

وفي العراق نص قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية على انه : « اذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه في اليوم المعين فبطلب من المدعي تجري المحاكمة غياباً » [1] . ونص القانون الوقتي للمرافعات الشرعية لسنة ١٩٢٢ في المادة (١٥) على انه : « لا يشترط تقديم الاستدعاء لإقامة الدعوى في المحكمة الشرعية ، فعند المراجعة الشفهية تستوضح الكيفية من المدعي ... وتبلغ الى المدعى عليه » . ونصت المادة (٤٠) من هذا القانون على انه : « إذا لم يجب المدعي عليه الدعوة في اليوم المعين للمرافعة يحاكم غيابياً اذا طلب المدعي » .

وفي العربية السعودية يكتفي لرؤية الدعوى من قبل المحكمة رفع المدعي دعواه اليها ، ولا يشترط رضا المدعى عليه بالترافع ، فإذا ما رفع

(١) المادة ٥٨ من قانون اصول المرافعات المدنيـة والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ .

المدعي دعواه أعلن المدعى عليــه بالحضور ، فإذا لــم يحضر فإن المحكمة تنظر في الدعوى في غيابه ، وهذا ما نص عليــه نظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية الصادر في سنة ١٣٧٢ هـ .

ومن هذا كله يتضح أن العمل في الوقت الحاضر يجري في البلاد الاسلامية على ما رجحته من أقوال الفقهاء وهو وجوب الحكم بين الخصمين غير المسلمين اذا رفع أحدهما دعواه الى المحكمة .

٤٨٩ — شهادة غير المسلم والشهادة عليه ، وكيفية ادائه اليمين :

ومما له علاقة بموضوع هذا الفصل شهادة الذمي والمستأمن على المسلم وبالعكس ، وشهادة الذميين والمستأمنين فيما بينهم ، وكيفية أداء الذمي والمستأمن اليمين . وأذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسائل .

٤٩٠ — شهادة الذمي والمستامن على المسلم :

لا تقبل شهادة الذمي أو المستأمن على المسلم في غير الوصية بالسفر ، لأن الشهادة فيها معنى الولاية ، وهي تنفيذ القول على الغير ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، وبالتالي لا شهادة له عليه . وهذا قول الفقهاء جميعاً من المذاهب الاسلامية المختلفة [١] .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في جواز شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر اذا لم يوجد شهود على الوصية سوى غير المسلمين . فذهب أحمد بن حنبل الى الجواز لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا

---

(١) الكاساني جـ ٦ ص ٢٨٠ ، الجصاص جـ ١ ص ٤٩٤ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٥١٣ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٥١ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي جـ ١ ص ١٩٣ ، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٧٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٧ ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع جـ ٢ ص ٢٧٩ ، فتح العزيز جـ ١٧ ص ٢٢٠ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٢٥٢ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٠٥ ، سفينة النجاة ص ٥٧ ، الخلاف للطوسي جـ ٣ ص ٣٣ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٣ — ١٩٤ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٢٣ — ٢٤ .

شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت» [١] . وعلل الحنابلة هذا الجواز بهذا النص للضرورة . وبقولهم قال جمهور فقهاء أهل الحديث كما قال به الامام الثوري والأوزاعي والظاهرية والشيعة الامامية [٢] . أما الفقهاء الآخرون ، كالحنفية والمالكية والشافعية والزيدية ، فقد ذهبوا الى عدم جواز شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر [٣] ، واستدلوا بأن آية الدين وهي : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ... الى قوله تعالى : واستشهدوا شهيدين من رجالكم » نسخت الآية التي احتج بها الحنابلة لمذهبهم وهي آيـة « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم ... الخ » [٤] . وقد ردّ الامام ابن القيم على هذا القول بأدلة كثيرة ، وقرر عدم نسخ الآية التي تجيز شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر [٥] . بل ذهب الامام ابن تيمية الى أن الحاكم لو حكم بعدم جواز شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر فإن حكمه يجب أن ينقض لمخالفته نص الكتاب بتأويلات غير مقبولة [٦] .

وأرى ان شهادة غير المسلم على المسلم تجوز للضرورة سواء أكان ذلك في السفر أو في الحضر ، وفي الوصية أو غيرها . لأن علة جوازها بالنص في مسألة الوصية في السفر هي الضرورة كما صرح ابن قدامة

---

(١) سورة المائدة جـ ٧ ، الآية ١٠٦ .

(٢) المغني جـ ٩ ص ١٨٤ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٢٥٢ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٠٥ — ٤٠٦ ، الخلاف الطوسي جـ ٣ ص ٣٣٣ ، شرح اللمعة جـ ١ من باب الشهادات ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ .

(٣) المغني جـ ٩ ص ١٨٢ — ١٨٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٧ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٨ ، الجصاص جـ ٢ ص ٤٩١ .

(٤) الجصاص جـ ٢ ص ٤٩١ . وآيـة « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم ... الخ » . في سورة البقرة جـ ٣ ، الآية ٢٨٢ .

(٥) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٦٦ — ١٦٨ .

(٦) الاختيارات لابن تيمية ص ٢١٢ — ٢١٣ .

الحنبلي ، فيقتضي هذا التعليل جواز شهادة غير المسلم على المسلم في كل ضرورة ، في سفر أو حضر ، في وصية أو غيرها . ولهذا أجاز الامام مالك شهادة الطبيب غير المسلم على المسلم للضرورة [١] .

ولنا أن نتساءل هنا ، اذا كان الشارع قد أباح للمسلم التعامل مع غير المسلمين دون أن يشترط لهـذه الإباحة أن تكون بحضور مسلمين ، والمعاملات لابد ان تنشأ عنها حقوق والتزامات ، ألا يدل هذا ، ضمناً ، على جواز قبول شهادة غير المسلم على المسلم في هذه المعاملات ، جوازها للمسلم على غيره ، حفظاً للحق على صاحبه عند التناكر والجحود ؟

الواقع أن مدار الشهادة وقبولها في الحكم كونها صالحة لكشف الحق في المسألة فتكون بينة مقبولة ، لأن البينة في الشرع كما يقول ابن القيم « اسم لما يبين الحق ويظهره » [٢] . والشهادة تكون صالحة لكشف الحق اذا كان صاحبها صادقاً وقامت القرائن على صدقه . والصدق لا يمتنع تحققه في غير المسلم ، لأنه خلق جميل دعت اليـه الشرائع والعقول السليمة . فينبغي قبول شهادة غير المسلم على المسلم كلما ظهر صدقه . وقد وجدنا ابن القيم يقول : « والكافر قد يقوم على خبره شواهد الصدق فينبغي قبوله والعمل به » [٣] .

من هذا كله أرى جواز القول بقبول شهادة غير المسلم على المسلم في المعاملات التي تجري بينهم عادة ، ولكن لا أرى شهادتهم على المسلم في النكاح ونحوه ، وهذا ما أشار اليه استاذنا محمد سلام مدكور إذ يقول : « ... كما ان آيتي الإشهاد على التبايع والاشهاد على دفع الأموال لمن بلغ من الأيتام جاءتا مطلقتين عن قيد يفيد اشتراط الاسلام في الشهود على المسلمين . يقول الله تعالى : « واشهدوا إذا تبايعتم »

(١) الطرق الحكمية ص ١٥٩ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٣ .
(٣) المرجع السابق ص ٢٣ .

ويقول : « فإذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم » . حقاً انه اشترط في آية أخرى أن تكون الشهادة من ذوي عدل من المسلمين ، يقول الله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم » لكن بالتأمل والنظر نجد أن هذه الآية جاءت في حكم من أحكام الطلاق ، وبذا يمكن أن يقال إن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز في الطلاق ونحوه مما يندرج تحت أحكام الأسرة ـ الأحوال الشخصية ـ أما في غير ذلك من المسائل المدنية ونحوها فإنها تجوز الشهادة مع اختلاف الدين » [(١)] .

٤٩١ ـ شهادة المسلم على غير المسلم :

صرح الفقهاء من مختلف المذاهب الاسلامية بجواز شهادة المسلم على غير المسلم ، لأن المسلم أهل لأن تثبت له الولاية على المسلم فثبوت الشهادة له على غير المسلم أولى [(٢)]

٤٩٢ ـ شهادة الذميين والمستأمنين فيما بينهم :

ذهب الحنابلة والشافعية والظاهرية والمالكية الى عدم جواز شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض لقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » وليس غير المسلمين ممن نرضاهم فلا تقبل شهادة بعضهم على بعض [(٣)] . وهذا أيضاً مذهب الشيعة الامامية على ما جاء في شرح

---

(١) المدخل للفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص٣٤٧ ـ ٣٤٨.

(٢) الكاساني جـ ٦ ص ٢٨٠ ، المغني جـ ٩ ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٧ ، ابن فرحون المالكي جـ ١ ص ١٩٣ ، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٨٤ ، شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٤ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ .

(٣) المغني جـ ٩ ص ١٨٤ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٥٨ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٢٥٢ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٧ ، البجيرمي جـ ٤ ص ٣٧٤ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٣٢٣ ، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٧٦ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٠٥ .

اللمعةخلافاً لما ذكره الامامالطوسي[1]. وقد اختار الامام ابن تيميةالحنبلي قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وقال هذه رواية عن أحمد[2].

وعند الزيدية تجوز شهادة غير المسلم على مثله في الملة ، كاليهودي على اليهودي ، ولا تجوز الشهادة عند الاختلاف في الملة كشهادة اليهود على النصارى وبالعكس[3].

اما الحنفية فعندهم تجوز شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض على التفصيل الآتي :

أ — تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم ما داموا عدولاً في دينهم[4]. واحتجوا بأن للمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمي على الذمي ، وبأن المسلمين لا يحضرون معاملاتهم غالباً فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والإنكار ، فدعت الحاجة الى صيانة حقوقهم بإثبات شهادة بعضهم على بعض[5]. واحتجوا أيضاً بأن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، وللمسلمين شهادة ، بعضهم على بعض ، فيجب أن تكون لهم أيضاً شهادة، بعضهم على بعض. وقالوا في قوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ان فيه إثبات الولاية فيما بينهم بعضهم على بعض ، والولاية أعلى مرتبة من الشهادة فلأن تثبت شهادة بعضهم على بعض أولى[6].

---

(١) الخلاف للطوسي جـ ١ ص ٣٣٣ : « وذهب الشعبي والزهري وقتادة الى أنه ان كانت الملة واحدة كاليهود على اليهود قبلت الشهادة وان اختلفت ملتهم لم تقبل كاليهود على النصارى ، وهذا هو الذي ذهب اليه اصحابنا » . وهذا الذي ذكره الطوسي يخالف ما ذكره صاحب شرح اللمعة في فقه الشيعة فقد جاء في جـ ١ منه : « فلا تقبل شهادة الكافر وان كان ذمياً ولو كان المشهود عليه كافراً على الأصح » .

(٢) الاختيارات لابن تيمية ص ٢١٣ .

(٣) شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٨٣ — ١٩٤ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٢٤ .

(٤) الجصاص جـ ١ ص ٤٩٤ ، الكاساني جـ ٦ ص ٢٨٠ ، شرح العناية جـ ٦ ص ٤١ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٥١٧ .

(٥) الكاساني جـ ٦ ص ٢٨٠ — ٢٨١ .

(٦) شرح العناية جـ ٦ ص ٤١ ، الكاساني جـ ٦ ص ٢٨١ .

ب ــ وتقبل عند الحنفية شهادة الذمي على المستأمن لأن الذمي أعلى حالاً من المستأمن لأنه أقرب الى الاسلام منه ، ولأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم في قبول شهادته على المستأمن [١] .

جـ ــ وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة فإن كانوا من دارين مختلفتين فلا تقبل شهادة بعضهم على بعض [٢] ، لأن اختلاف الدار يقطع الولاية بينهم ولهذا يمنع التوارث فيما بينهم ، بخلاف شهادة الذمي على المستأمن فإنها مقبولة وان كانا من أهل دارين مختلفتين ، لأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم في قبول شهادته على المستأمن [٣] .

د ــ ولا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لأنه لا ولاية له عليه، لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالاً من المستأمن [٤] .

والراجح من أقوال المذاهب المختلفة هو قول الحنفية إلا انني أرى قبول شهادة المستأمن على المستأمن وان اختلفت بينهما الدار ، وكذا شهادة المستأمن على الذمي ، لأن الشهادة تعتمد الصدق والأمانة في الشاهد وهذا المعنى قد يتحقق في المستأمن فينبغي قبول شهادته على الذمي فضلاً عن انه لا يوجدَ معنى ديني يمنع من قبول شهادة المستأمن على الذمي .

٤٩٣ ــ يمين الذمي والمستامن :

يحلف غير المسلم ، عند الحاجة ، أمام القضاء الاسلامي بالله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم : « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت »

---

(١) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٨٣ ، الهداية وشرح العناية جـ ٦ ص ٤٣ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٤٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٥١٧ .

(٢) شرح السير الكبير جـ ٤ ص ٢٢٨ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٥٢٧ .

(٣) الهداية جـ ٦ ص ٤٣ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٤٤ .

(٤) الهداية وشرح العناية جـ ٦ ص ٤٣ ، الكاساني جـ ٦ ص ٢٨١ ،

(٥) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٥١٧ .

وهذا سواء كان غير المسلم كتابياً أو مشركاً أو وثنياً أو مجوسياً . وان رأي القاضي تغليظ اليمين على الحالف بما يكون تغليظاً في دينه فله ذلك ، فيغلظ على اليهودي بأن يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، ويغلظ على النصراني بأن يحلف بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ، وعلى المجوسي بأن يقول والله الذي خلقني ورزقني ، أو والله الذي خلق النار كما يقول الأحناف (١) .

٤٩٤ ــ ما عليه العمل الآن في مسائل الشهادة واليمين :

في الجمهورية العربية المتحدة ، كانت المحاكم الشرعية ــ قبل إلغائها ــ تجري في مسائل الشهادة واليمين ، في الدعاوى التي من اختصاصها النظر فيها ، طبقاً لأرجح الأقوال من المذهب الحنفي وللمدون في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عملاً بالمادة (٢٨٠) من اللائحة المذكورة . وعلى هذا كانت تشترط الاسلام في الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلماً ، وتقبل شهادة المسلم على غير المسلم ، وشهادة غير المسلمين بعضهم على بعض سواء اتفقوا في الدين أو اختلفوا فيه بشرط أن يكونوا عدولاً في دينهم (٢) . واليمين التي كان القاضي يحلف بها غير المسلم هي اليمين التي نص عليها فقهاء الأحناف وغيرهم ، وهي الحلف بالله عز وجل . وكان للقاضي أن يغلظ اليمين على غير المسلم بما يكون تغليظاً في دينه ، فإن كان نصرانياً حلفه بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ، وإن كان يهودياً حلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، وإن كان مجوسياً حلفه بالله الذي خلق النار ، وغير هؤلاء من أهل الشرك لا يحلفهم إلا بالله عز وجل فقط من غير ذكر وثن أو صنم (٣) .

ثم صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وبه الغيت المحاكم الشرعية

---

(١) المغني جـ ٩ ص ٢٢٧ ــ ٢٢٨ ، مختصر المزني جـ ٥ ص ٢٥٤ ، جـ ٦ ص ٢٢٧ ــ ٢٢٨ ، الكاساني جـ ٦ ص ٢٢٧ ــ ٢٢٨ .

(٢) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية لاستاذنا علي قراعة ص ١٥٥ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٥٠ .

والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير واحيلت الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات [١] . وقد جاء في المادة الخامسة من هذا القانون : « تتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » . وقد الغيت بالمادة ١٣ من القانون المذكور مواد كثيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ومن جملة ما ألغي منها مواد الفصل الرابع الخاص بالشهادة عدا المادة ١٧٩ [٢] ، والمادة ١٨١ [٣] . ومعنى ذلك ان الشهادة المتعلقة بموضوع هاتين المادتين بقيت خاضعة لأرجح الأقوال من المذهب الحنفي، عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، كلما كان القانون الواجب التطبيق هو الشريعة الاسلامية كما لو كان طرفا الدعوى مختلفين في الدين كمسلم وغير مسلم ، أو كانا من غير المسلمين المختلفين في الطائفة أو الملة . وفيما عدا ذلك فإن أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ هي التي تطبق في الوقت الحاضر بالنسبة للشهادة والشهود في المسائل الشرعية والمدنية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين عملاً بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ السالف الذكر . وهذا القانون لم يشترط الاسلام في الشاهد حتى ولو كان المشهود عليه مسلماً ، إذ ليس في مواده المتعلقة بالشهادة والشهود مثل

---

(١) المادة الاولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٢) ونص هذه المادة : « تكفي شهادة الاستكشاف في القضاء بالنفقات بانواعها واجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشيء مما ذكر » .

(٣) ونص هذه المادة : « تكفي الشهادة بالايصاء او الوصية وان لم يصرح باصرار الموصي الى الوفاة » .

هذا الشرط [١] . وأما بخصوص اليمين فإن غير المسلم يحلف حسب الأوضاع الخاصة بدياناته إن طلب ذلك ، فقد نصت المادة ١٨١ من قانون المرافعات على انه : « لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته » وجاء في المادة ٢١٢ من هذا القانون بخصوص تحليف الشاهد اليمين : « على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق ، وإلا كانت شهادته باطلة . ويكون الحلف على حسب الاوضاع الخاصة بدياناته إن طلب ذلك » .

وفي العراق تسير المحاكم الشرعيـة في مسائل الشهادة واليمين بموجب الفقه الاسلامي ، فتقبل شهادة المسلم على غير المسلم ، ولا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم . وتجيز المحاكم الشرعية السنية شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، بخلاف المحاكم الجعفرية إذ تشترط الاسلام في الشاهد اذا كان المشهود عليه غير مسلم عملاً بالفقه الجعفري . وفي مسائل اليمين تطبق أحكام الفقه الاسلامي فيحلف غير المسلم بالله عز وجل . ويجوز للقاضي أن يغلظ عليه اليمين بما يكون تغليظاً في دينه على النحو الذي ذكرته من قبل [٢] . وفي المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية في العراق تقبل شهادة الشاهد بغض النظر عن ديانته أو مذهبه ، وهـذا هو الظاهر من نص المادة ٥٦ من قانون أصول المحاكمات للطوائف المسيحية والموسوية رقم ١٠ لسنة ١٩٥٠ ، فقد نصت هذه المادة على انه : « لا يجوز رد الشاهد إلا إذا كان غير مميز بسبب صغر أو شيخوخة متقدمة أو مرض جسماني أو عقلي أو كان الشاهد معروفاً بسوء الخلق أو السمعة » .

وفي المحاكم المدنية العراقية يطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ، ولم يشترط هذا القانون الاسلام في الشاهد اذا

(١) نص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على احكام الشهادة والشهود في المواد من ١٨٩ ـ ٢٢٣ .

(٢) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ ـ ٥٨٣ .

كان المشهود عليه مسلماً [١] . ولهذا فإن المحاكم المدنية في العراق تقبل الشهادة بغض النظر عن اختلاف الدين بين الشاهد والمشهود عليه . وأما من جهة اليمين ، فإن من وجبت عليه اليمين يحلف بعبارة « أقسم بالله » ويجوز تغليظ اليمين بطلب الخصم ، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٢) من قانون المرافعات العراقي ، إذ جاء فيها : « يجري التحليف بعبارة « أقسم بالله » ويجوز تغليظ اليمين بطلب الخصم » . وتغليظ اليمين يكون بزيادة صفات الله تعالى في القسم كأن يقول الحالف « أقسم بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم .. الخ» [٢]. ونصت الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من قانون المرافعات العراقي على انه : « يحلف الشاهد قبل أداء الشهادة بأن يقول الحق » وظاهر هـذه الفقرة ان تحليف الشاهد يكون بالصيغة الواردة في المادة (٩٢) أي بعبارة « أقسم بالله » . وهذه الصيغة في التحليف توجه الى المسلم وغير المسلم ، وهذا ما عليه العمل في المحاكم المدنية العراقية ، إلا أن الحالف يحلف ويده على القرآن الكريم إن كان مسلماً ، ويده على الانجيل إن كان مسيحياً ، ويده على التوراة إن كان يهودياً .

وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، لا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم إلا في الوصية في السفر أو عند الضرورة كما ذكر صاحب المغني الحنبلي .

---

(١) المواد من ٩٣ — ١٠٢ من هذا القانون هي التي وردت في الشهادة والشهود وليس فيها اشتراط الاسلام في الشاهد .

(٢) شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية تاليف الاستاذ منير القاضي ص ١٦٢ .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق

في قضاياهم

تمهيـــــد :

ذكرت في المبحث الأول اختلاف الفقهاء في وجوب الحكم بين غير المسلمين إذا ترافعوا إلينـــا ، وأريد في هـــذا المبحث أن أبين القانون الواجب التطبيق اذا ترافعوا إلينا ووجب الحكم بينهم أو اختار الحاكم الحكم بينهم على اختلاف آراء الفقهاء في هذه المسألة كما بينت من قبل .

٤٩٥ ـ الشريعة الاسلامية هي القانون الواجب التطبيق في قضايا غير المسلمين :

وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تدل على وجوب الحكم بأحكام الشريعة الاسلامية ، من ذلك : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الكافرون » (١) . « ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » (٢) . « ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » (٣) . « وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدّقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه ، فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » (٤) . « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك » (٥) .

---

(١) سورة المائدة جـ ٦ الآية ٤٤ .
(٢) سورة المائدة جـ ٦ الآية ٤٥ .
(٣) سورة المائدة جـ ٦ الآية ٤٧ .
(٤) سورة المائدة جـ ٦ الآية ٤٨ .
(٥) سورة المائدة جـ ٦ الآية ٤٩ .

وهذه الآيات ونحوها تفيد وجوب الحكم بما أنزل الله سواء كان الحكم بين المسلمين أو بين غير المسلمين ، وبهذا قال المفسرون [١] .

٤٩٦ — والفقهاء قرروا ما قرره المفسرون ، فقالوا بلزوم الحكم بين غير المسلمين بحكم الاسلام وهو ما يحكم به على المسلمين مع بعض الاستثناءات القليلة حيث يختص غير المسلمين ببعض الأحكام دون المسلمين على رأي بعض الفقهاء ، وإن كانت هذه الأحكام هي أيضاً من أحكام الاسلام المقررة لغير المسلمين . وأذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسألة :

أولا — مذهب الظاهرية :

وجوب الحكم على غير المسلمين بما يحكم به على المسلمين وفق الشرع الاسلامي ، ولا يجوز الحكم عليهم بغير حكم الاسلام ، كما لا يجوز ردهم الى حكم دينهم أصلاً ، إتباعاً لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » [٢] ، إلا أن طلاقهم لا يقع لأن الشرع لم ينص على وقوعه [٣] .

ثانياً — مذهب الزيدية :

لزوم الحكم بينهم بحكم شريعتنا لقوله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم ... » . ولا نحكم بغير شريعتنا ، وكذا إذا استفتونا لم نفتهم إلا بشريعتنا [٤] ، إلا أنهم يقرون على أنكحتهم بعد الترافع اذا كانت

---

(١) قال الامام الطبري في تفسير قوله تعالى « فاحكم بينهم بما انزل الله » قال : « اي احكم يا محمد بين اهل الكتاب والمشركين بما انزل اليك من كتابي واحكامي في كل ما احتكموا فيه اليك » : تفسير الطبري جـ ٦ ص ٢٦٨ ، تفسير الرازي جـ ١٢ ص ١١ ، تفسير القرطبي جـ ٦ ص ١٨٦ ، ١٩٠ ، تفسير ابن كثير جـ ٢ ص ٦١ ، ٦٦ ، تفسير المنار جـ ٦ ص ٣٩٩ — ٤٠٧ ، ٤٢٠ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ٣٦٢ ، ٤٢٥ .

(٣) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠١ .

(٤) شرح الأزهار جـ ٢ ص ٢٦٨ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٦٦ .

المرأة تحل لزوجها ولا ينظر الى كيفية عقد النكاح [١] .

ثالثاً — مذهب الشيعة الامامية :

لزوم الحكم بما أنزل الله وإقامة الحكم الثابت شرعاً على غير المسلمين اذا ترافعوا إلينا ، لأن خلافه حكم بغير ما أنزل الله ، وهذا لا يجوز ، فيحكم عليهم بحكم الاسلام [٢] . إلا أنه في مسائل النكاح يقرون على أنكحتهم الفاسدة اذا ترافعوا إلينا ما دامت المرأة تحل لزوجها حين المرافعة ولا ينظر الى كيفية عقدهم [٣] .

رابعاً — مذهب الحنابلة والشافعية :

الحكم على غير المسلمين بحكم الاسلام وبما يحكم به على المسلمين لقوله تعالى : « وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواؤهم » . إلا أنه فيما يخص تصرفهم في الخمر والخنزير ، اذا تم بالقبض قبل الترافع مضى ولم يفسخ ، وإلا فسخ ، وهكذا سائر تصرفاتهم الفاسدة [٤] . وفيما يخص أنكحتهم يقرون عليها بعد المرافعة وان وقعت بغير شروط المسلمين

---

(١) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٤٧ .

(٢) جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « فمتى ترافعوا الينا وجب اقامة الحكم الثابت شرعاً عليهم ، لأن خلافة حكم بغير ما انزل الله » ونفس المرجع من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ : « أو تحاكم الينا ذميان مثلاً كان الحاكم مخير بين الحكم عليهما بحكم الاسلام لقوله تعالى : « وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وقوله تعالى « وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم » ... فلو استعدت زوجة ذمي على زوجها في ظهار مثلاً جاز الحكم عليه بحكم الاسلام فيمنع أن يقربها » .

(٣) سفينة النجاة جـ ٢ ص ٣٨٧ .

(٤) المغني جـ ٨ ص ٥٣٥ ، شرح منتهى الارادات جـ ١ ص ٧٤٣ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٧٣١ — ٧٣٢ ، الأم جـ ٤ ص ١٢٩ — ١٣١ ، الأم جـ ٥ ص ٢٥٥ ، الأم جـ ٧ ص ٨٥ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٧٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١

ما دامت الزوجة تحل للزوج وقت المرافعة [١] .

خامساً — مذهب المالكية :

لزوم الحكم على غير المسلمين بحكم الاسلام وبما يحكم به على المسلمين متى اختار الحاكم الحكم بينهم [٢] ويقرون على أنكحتهم ما دامت الزوجة تحل لزوجها عند الترافع [٣] .

سادساً — مذهب الحنفية :

فيما عدا الأنكحة ونفي المهر وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما فإن الكفار من ذميين ومستأمنين في بيوعهم وسائر عقودهم وتصرفاتهم كالمسلمين فتجري عليهم أحكام الاسلام كما تجري على المسلمين [٤] .

٤٩٧ — هذه هي أقوال الفقهاء من المذاهب الاسلامية المختلفة وكلها صريحة في أن القانون الواجب التطبيق على قضايا غير المسلمين هو القانون الاسلامي أي أحكام الشريعة الاسلامية ، وأن غير المسلمين في هذه الأحكام كالمسلمين إلا في استثناءات قليلة يختلف في مداها الفقهاء ، فأوسعهم فيها الحنفية ، وأكثر الحنفية فيها الامام أبو حنيفة . على أن

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٦١٣ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٨ ، الأم جـ ٥ ص ٤٤ وما بعدها ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ١٠٥ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٤ — ٥٥ .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٦٢ ، و جـ ٨ ص ٩٧ ، وتفسير القرطبي جـ ٦ ص ١٧٩ وارشاد الأمة الى احكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت ص ٢٠ .

(٣) شرح الخرشي جـ ٣ ص ٢٣٠ ، المواق جـ ٢ ص ٤٨٠ .

(٤) ارشاد الامة الى احكام الحكم بين اهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي ص ٢١ . وقد بينا قول الحنفية في الأنكحة والمهر في الفصل الأول من القسم الثاني من هذه الرسالة في ص ٣٥٦ وما بعدها . كما بينا قولهم في تصرفهم في الخمر والخنزير في الفقرة ٤٦٦ ص ٥٥٢ من هذه الرسالة . وهناك مسائل قليلة ينفرد فيها غير المسلم بحكم خاص ، كجواز وصيته بما هو قربة في دينه وليس بقربة في الاسلام فانها تجوز عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين كما ذكرنا ذلك في مبحث الوصية .

يلاحظ أن مرد هذه الاستثناءات هو أحكام الشريعة الاسلامية نفسها وما ورد فيها من أدلة حسب فهم الفقهاء لها واجتهادهم في دلالتها ، ولهذا اختلفوا في مدى هذه الاستثناءات .

وقد يقال هنا ان الامام أبا حنيفة يأخذ بحكم شرائع غير المسلمين في مسائل النكاح ونحوها إتباعاً لأمر الشريعة الاسلامية القاضي بأن نتركهم وما يدينون ، فيكون الحكم بغير شريعة الاسلام في هذه المسائل حكماً بالشريعة الاسلامية نفسها ولا غضاضة في ذلك . والجواب على هذا من وجهين : —

الوجه الاول — ما صرح به الامام الجصاص الحنفي إذ قال : « واختلف أصحابنا في مناكحاتهم فيما بينهم : فقال أبو حنيفة هم مقرون على أحكامهم لا يعترض عليهم فيها إلا أن يرضوا بأحكامنا ، فإن رضي بها الزوجان حملا على أحكامنا ، وإن أبى أحدهما لم يعترض عليهم ، فإذا تراضيا جميعاً حملهما على أحكام الاسلام ، إلا في النكاح بغير شهود والنكاح في العدة فإنه لا يفرق بينهم وكذلك إن اسلموا »[1]. فهذا الكلام صريح في ان مذهب أبي حنيفة حمل غير المسلمين على أحكامنا لا على أحكام شريعتهم اذا ترافعوا إلينا . وإ ما قال انهم يحملون على أحكامنا اذا رضوا بها إلا في النكاح بغير شهود والنكاح في العدة لأنه « لما ثبت انه ليس لنا اعتراض عليهم قبل التراضي منهم بأحكامنا فمتى تراضوا بها وارتفعوا إلينا فإنما الواجب اجراؤهم على أحكامنا في المستقبل . ومعلوم ان العدة لا تمنع بقاء النكاح في المستقبل وإنما تمنع الابتداء ، لأن امرأة تحت زوج لو طرأت عليها عدة من وطء بشبهة لم يمنع ما وجب من العدة بقاء الحكم ، فثبت ان العدة إنما تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء فمن أجل ذلك لم يفرق بينهما .... وأما النكاح بغير شهود فإن الذي هو شرط في صحة العقد وجود الشهود

(١) الجصاص جـ ٢ ص ٤٣٦ .

في حال العقد ولا يحتاج في بقائه الى استصحاب الشهود لأن الشهود لو ارتدوا بعد ذلك أو ماتوا لم يؤثر ذلك في العقد ، فإذا كان إنما يحتاج الى الشهود للابتداء لا للبقاء لم يجز ان يمنع البقاء في المستقبل لأجل عدم الشهود • ومن جهة أخرى ان النكاح بغير شهود مختلف فيه بين الفقهاء فمنهم من يجيزه والاجتهاد سائغ في جوازه ولا يعترض على المسلمين اذا عقدوه ما لم يختصموا فيه ، فغير جائز فسخه اذا عقدوه في حال الكفر إذ كان ذلك سائغاً جائزاً في وقت وقوعه لو أمضاه حاكم ما بين المسلمين جاز ولم يجز بعد ذلك فسخه » [١] •

الوجه الثاني — ان أمر الشرع الاسلامي بتركهم وما يدينون يعني تركهم دون تعرض لهم فيما يدينون ، ولا يدل على إباحة أو لزوم الحكم بشريعتهم اذا كان ما تقرره شريعتهم مخالفاً لحكم الشرع الاسلامي • وبهذا المعنى قالت محكمة مصر الابتدائية الشرعية في حكم لها ، فقد جاء فيه : « ••• إذ المنصوص عليه شرعاً أنه يجب الحكم على أهل الكتاب في خصوماتهم متى ترافعوا إلينا بما أنزل الله وهو حكم الاسلام• والقول بأن مما أنزل الله أن نتركهم وما يدينون فيكون الحكم بينهم طبقاً لشرائعهم حكماً بما أنزل الله ، قول ينبو عنه مدلول اللفظ وضعاً ، لأن معنى أن نتركهم وما يدينون أن لا نتعرض لهم فيما يدينون لا أن نحكم بينهم عند الترافع إلينا بما يدينون وقد خالف حكم الاسلام ، ولمخالفة ذلك لما أجمع عليه الفقهاء » [٢] •

٤٩٧ — نتائج هذا المبحث :

ونخرج من جميع ما تقدم بالنتائج الآتية :

اولا — القاعدة عند جميع فقهاء الاسلام هي وجوب الحكم على

(١) المرجع السابق جـ ٢ ص ٤٣٧ .

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٢٠ يناير سنة ١٩٤٢ المنشور في مجلة المحاماة الشرعية ، السنة الخامسة عشرة ص ٤٩ وما بعدها .

غير المسلمين بأحكام الشريعة الاسلامية لا غيرها تنفيذاً لأمر الله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » .

ثانياً — وأحكام الشريعة الاسلامية التي تطبق على غير المسلمين هي نفسها التي تطبق على المسلمين عند الظاهرية عدا مسألة عدم وقوع طلاق غير المسلم . وعند غيرهم هي نفسها أيضاً عدا استثناءات قليلة جداً يختلف مداها باختلاف آراء الفقهاء ، وان هذه الاستثناءات مردها أحكام الشريعة الاسلامية ودلائلها حسب فهم الفقهاء لها واجتهادهم فيهـا .

ثالثاً - الفقهاء المسلمون عالجوا قضايا الذميين والمستأمنين ، التي يختلفون فيها مع المسلمين ، بوضع قواعد موضوعية مستمدة من الشريعة الاسلامية تحكم هذه القضايا ، ولم يضعوا لها قواعد إسناد تحيل الى قانون غير الشريعة الاسلامية . وهذا خلاف ما تفعله القوانين الوضعية الحالية ، لأن هذه القوانين لا تضع قواعد موضوعية لحكم القضايا ذات العنصر الأجنبي بل تضع لها قواعد إسناد لتدل على القانون الواجب التطبيق ، سواء كان هذا القانون أجنبياً أو وطنياً . وكذلك تضع هذه القوانين الوضعية قواعد إسناد داخلية لتدل على القانون الواجب التطبيق لحكم قضايا رعاياها في بعض المسائل ذات العنصر الديني اذا كانت الدولة تتعدد فيها القوانين بسبب اختلاف الدين بين المواطنين .

والسبب في مسلك الفقهاء المسلمين هذا ، هو أن الشريعة الاسلامية لا تعترف بأي قانون آخر غير ما جاءت به من أحكام ، ولا تقر بمزاحمة أي قانون لها ، لأنها شريعة إلهية عامة لجميع البشر يلزم تطبيقها على الجميع كلما أمكن التطبيق ، وتطبيقها ممكن في دار الاسلام لعموم ولايتها على المواطنين ، فيجب تطبيقها دون غيرها ، وفي هذا يقول الامام أبو يوسف ، كما جاء في بدائع الكاساني : « ولأن الأصل في

الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها » [1] . واذا كان بعض القضايا التي تخص غير المسلمين فيها عنصر ديني تلزم مراعاته ، فإن الشريعة الاسلامية هي التي تضع الحكم المناسب لهذه القضايا مراعية اعتقادهم الديني الى الحد الذي تراه واجب الرعاية دون أن تحيل الى شريعة أخرى لاستمداد الحكم منها ، ويكون حكم الشريعة الاسلامية في هذه الحالة التي روعي فيها اعتقادهم ، من أحكام الشريعة الاسلامية نفسها لا من أحكام شريعة أخرى . وفي هذا المعنى يقول الامام الكاساني وهو يتعرض لخلاف الإمام زفر في فساد نكاح الذمي بلا شهود : « وأما قوله إنهم بالذمة التزموا أحكام الاسلام ، فنعم . لكن جواز أنكحتهم بغير شهود من أحكام الاسلام » [2] .

---

(١) الكاساني جـ ٢ ص ٣١١ .

(٢) المرجع السابق .

الفصل الثاني

حكم ولايتهم على قضاياهم الخاصة

تمهيـــد :

٤٩٩ ــ لا يصح تقليد غير المسلم القضاء على المسلمين ، وعللوا ذلك بأن القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات ، وغير المسلم ليس له أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة على المسلمين ، فلأن لا يكون له أهلية أعلاها أولى ، وبهذا صرح الفقهاء من مختلف المذاهب كالحنفية والشافعية والشيعة الامامية والزيدية والظاهرية ، وهو مذهب جميع الفقهاء الآخرين وان لم يصرحوا به لأنهم اشترطوا فيمن يولى القضاء أن يكون مسلماً [1] .

---

(١) الكاساني جـ ٧ ص ٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٥ ، المحلى جـ ٩ ص ٣٦٣ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، فتح العزيز جـ ١٧ ص ١٧ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ١١٩ ، شرح الأزهار جـ ٣ ص ٣١١ ، المغني جـ ٩ ص ٣٩ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٧٣، ابن فرحون المالكي جـ ١ ص ١٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨٣ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٤ ص ١٢٣ .

والذميون في الوقت الحاضر ، في العربية المتحدة والعراق ، يتولون وظيفة القضاء في المسائل المدنية والجزائية ، وولايتهم فيها عامة على جميع المواطنين مسلمين وغير مسلمين . وقد تعرض لهذا أستاذنا محمد سلام مدكور فقال : « ... وبذا يمكن ان يقال ان شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز في الطلاق ونحوه مما يندرج تحت احكام الاسرة « مسائل الأحوال الشخصية » اما في غير ذلك من المسائل المدنية ونحوها فانها تجوز الشهادة مع اختلاف الدين . وبناء على هذا يمكن تصحيح الوضع الحاضر في القضاء من الناحية السياسية الشرعية ما دام اساسه الشهادة فلا يصح قضاء غير المسلم على المسلم في مسائل الاحوال الشخصية ، وان امكن التمحل والقول بجوازه في المسائل المدنية ونحوها » : المدخل للفقه الاسلامي ص ٣٤٧ ــ ٣٤٨ .

٥٠٠ ـ تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين :

اختلف الفقهاء في جواز تولية غير المسلم القضاء على غير المسلمين ، ويمكن إجمال أقوالهم على النحو التالي :

اولا ـ قول الجمهور :

صرح الظاهرية والشافعية بعدم جواز تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين (١) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة الامامية أيضاً ، لأنهم قالوا بعدم جواز شهادة غير المسلم على غير المسلم (٢) ، فلأن لا تكون له ولاية القضاء ـ وهي أعلى من ولاية الشهادة ـ أولى .

ثانياً ـ قول الحنفية :

قال الأحناف يجوز تقليد الكافر القضاء وان لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره . وقالوا أيضاً يجوز أن يولّى الذمي القضاء على أهل الذمة ، وكونه قاضياً خاصاً بهم لا يقدح في ولايته ولا يضر كما لا يضر تخصيص القاضي المسلم بجماعة معينة من المسلمين (٣) . ويعلل الحنفية جواز تولية الذمي القضاء على أهل الذمة بأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ، والذمي من أهل الشهادة على الذميين فهو أهل لتولي القضاء عليهم (٤) .

واذا جاز تولي الذمي القضاء على أهل الذمة ، لكونه أهلاً للشهادة عليهم جاز تقليده القضاء على المستأمنين أيضاً ـ على مقتضى مذهب الحنفية ـ لأن الذمي من أهل الشهادة على المستأمن (٥) . بل يجوز على مقتضى مذهبهم تولية المستأمن القضاء على المستأمنين اذا كانوا

---

(١) المحلى جـ٩ ص ٣٦٣ ، الماوردي ص٦٢ ، مغني المحتاج جـ٤ ص٣٧٥ .
(٢) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٠ من هذه الرسالة .
(٣) شرح العناية جـ ٥ ص ٤٩٩ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٤١٤ ـ ٤١٥ ، ٤٨٢ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٧ .
(٤) شرح العناية وفتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٩ .
(٥) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ من هذه الرسالة .

جميعاً من دار واحدة ، لأن له — في هذه الحالة — شهادة عليهم [١] وأهلية القضاء بأهلية الشهادة كما يقول الأحناف .

٥٠١ — القول الراجح :

والراجح من أقوال الفقهاء هو القول بعدم جواز تولية غير المسلم القضاء على غير المسلمين ، فلا يجوز تقليد الذمي القضاء حتى على ذمي مثله [٢] . والدليل على ذلك انه لم يرد إلينا في سيرة النبي صلى الله عليه وسلم ولا في سيرة الخلفاء الراشدين ما يدل على أن الذمي ولّي القضاء على شؤون الذميين ، بل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين أنهم كانوا يسندون أمور القضاء الى المسلمين دون غيرهم وكانت ولايتهم عامة على المسلمين وغيرهم ولم يخصوا الذميين بقضاة منهم [٣] . ولو كان للذميين حق تولي القضاء على قضاياهم الخاصة لطالبوا بهذا الحق أو لأعطوه دون مطالبة لقيام الحاجة اليه . فولاية القضاء في دار الاسلام ، إذن ، كانت عامة تشمل المسلمين وغير المسلمين ويتولاها المسلمون دون غيرهم ، ولم تكن للذميين جهة قضاء خاصة بهم [٤] . وهذا هو الأمر الطبيعي المعقول ، لأن طبيعة الدولة

---

(١) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ من هذه الرسالة .

(٢) يقول الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري : « ان القضاء بمعناه الصحيح لا يليه في الشرع الا المسلم فلا يجوز تقليد الذمي القضاء حتى على ذمي مثله ، واذا حكم الذمي في أقضية الذميين فانما يكون هذا تحكيماً » : وصية غير المسلم ، مذكرة قدمها الدكتور السنهوري الى محكمة النقض في الجمهورية العربية المتحدة طبعة ١٩٤٢ ، ص١٧ .

(٣) اخبار القضاة للامام وكيع جـ ١ ص ١٠٤ وما بعدها .

(٤) روى وكيع عن عيسى بن أبي عزة قال شهدت الشعبي اجاز شهادة نصراني على يهودي . كما روي عن كعب بن مسور ، قاضي البصرة من قبل عمر بن الخطاب ، انه استحلف يهودياً . وروي ان معاذ ابن جبل كان باليمن فاختصموا اليه في يهودي مات وترك اخاً مسلماً : اخبار القضاة للامام وكيع جـ ١ ص ٣٣٥ وما بعدها . و جـ ٢ منه ص ٤١٥ . وهذه الأخبار تدل على أن غير المسلمين ما كانت لهم جهة قضاء خاصة بهم وانما كانوا يرجعون في قضاياهم الى جهة القضاء العامة التي كان يتولاها المسلمون .

تقتضي وحدة القضاء فيها لا تعدد جهات القضاء ، والشريعة الاسلامية تقوم كسائر الأنظمة القانونية على مبــدأ وحدة القانون ووحــدة القضاء [١] .

أما ما ذكره الحنفية من جواز تولية الذمي القضاء على الذميين بحجة أن له شهادة عليهم ، وأن الشهادة ولاية والقضاء ولاية ، وأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ، فالجواب أن الشهادة وان كانت تدخل في باب الولاية ولكنها ليست كولاية القضاء التي فيها حكم وإلزام وإنابة عن الامام في القضاء ، وليست الشهادة كذلك ، فلا يلزم من ثبوت الشهادة للذمي على الذميين أن تثبت له ولاية القضاء عليهم . والظاهر أن ما ذكره الأحناف من جواز تقليد الذمي القضاء على الذميين هو كما وصفه الماوردي اذ يقول : « وقال أبو حنيفة يجوز تقليده القضاء بين أهل دينه ، وهذا وان كان عرف الولاة بتقليده جاريا ، فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس بتقليد حكم وقضاء ، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه عليهم ولا يقبل الامام قوله فيما حكم به بينهم . واذا امتنعوا من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وكان حكم الاسلام عليهم أنفذ » [٢] .

٥٠٢ — واذا جاز تولية الذمي القضاء على الذميين ، على رأي الحنفية فبأي قانون يحكم ؟ أيحكم بالشريعة الاسلامية أم بشريعته ؟

لم أقف على قول صريح للحنفية في هذه المسألة ، وقد ذكر الشيخ

(١) جاء في كتاب الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب للدكتور أحمد سلامة ص ١٠٧ : قام الاسلام على مبدأ التسامح وترك الذميين في داره أن يزاولوا طقوسهم الدينية وأن يستعينوا في فض منازعاتهم ومشاكلهم ذات الصبغة الدينية برؤسائهم الدينيين . وبدا ذلك جليا في مسائل الزواج ، لكن أبدا لم يسمح لهم باقامة عدالة طائفية أو دينية ، وذلك أن الشريعة الاسلامية تقوم كسائر الانظمة القانونية على مبدأ وحدة القانون ووحدة القضاء .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٢ .

عبدالله مصطفى المراغي أنه : « يجوز للوالي المسلم أن يولي القضاء للذمي لينظر في قضايا الذميين ويحكم عليهم بما تقتضيه شريعتهم وذلك لأن الوالي المسلم مطلوب منه القيام بمصالح الذميين » [١] . ولم أقف على المصدر الذي استقى منه الشيخ المراغي قوله هذا . وعلى كل حال فإن فيما قاله إشكالا ، إذ كيف يحكم في دار الاسلام بغير شريعة الاسلام ؟ وكيف تنفذ أحكام غير الشريعة الاسلامية إذا اقتضى تنفيذها بقوة الدولة وسلطانها ؟ ثم كيف يسمح لغير الشريعة الاسلامية أن تطبق في دار الاسلام ، والشريعة الاسلامية شريعة عالمية ، لولا ضرورات الواقع وانعدام الولاية على دار الحرب لطبقت في العالم كله ، فكيف يصح القول بانحسارها عن بعض القضايا أو عن بعض المواطنين في دار الاسلام وقد تيسر لها إمكان التطبيق والتنفيذ ؟ ثم إن الحنفية صرحوا بأن القاضي نائب عن الامام في الحكم بين الناس [٢] ، فكيف يصح من نائب الامام أن يحكم بغير شريعة الاسلام ، والامام نفسه ملزم بالحكم بشريعة الاسلام ، منهي عن الحكم بغيرها ؟ وأيضاً فإن الأحناف قالوا إن من شرائط نفس القضاء أن يكون قضاء بالحق وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة : إما قطعاً بأن قام عليه دليل قطعي ، وإما ظاهراً بأن قام عليه دليل ظاهري . فلو قضى القاضي بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لأنه قضاء بالباطل قطعاً ، وكذا لو قضى في موضع الخلاف بما يخرج عن أقوال جميع الفقهاء لم يجز لأن الحق لا يعدو أقوالهم [٣] . هذا ما قاله الحنفية على لسان الامام الكاساني ولم يفرقوا فيما قالوه بين حاكم مسلم وحاكم ذمي على ذميين . ومن

---

(١) التشريع الاسلامي لغير المسلمين للشيخ عبدالله المراغي ص ١٠١ .

(٢) الكاساني جـ ٧ ص ٢ .

(٣) الكاساني جـ ٧ ص ٤ .

المعلوم أن حكم الحاكم الذمي بأحكام شريعته المنسوخة حكم بالباطل قطعاً فلا يجوز هذا الحكم • وعلى هذا فالصحيح عدم جواز الحكم بغير شرع الاسلام في دار الاسلام لا من قبل ذمي ولا مسلم • وهذا يؤيد أن قول الحنفية بجواز تقليد الذمي القضاء على الذميين إنما هو تقليد رئاسة وزعامة وليس بتقليد حكم وقضاء ، كما قال الامام الماوردي، وان الذمي اذا حكم في أقضية الذميين فإنما يكون على سبيل التحكيم ، والتحكيم جائز لأهل الذمة جوازه لأهل الاسلام •

٥٠٣ ـ التحكيم :

التحكيم هو أن يختار الخصمان شخصاً ليحكم بينهما ، وركنه اللفظ الدال عليه مثل احكم بيننا أو جعلناك حكماً ، أو حكمناك ، مع قبول المحكم [١] • وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع • فمن الكتاب قوله تعالى : « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » • ومن السنة عمل النبي صلى الله عليه وسلم بحكم سعد بن معاذ في بني قريضة لما اتفقت اليهود مع النبي صلى الله عليه وسلم على الرضا بتحكيم سعد فيهم • وأجمع الصحابة على جواز التحكيم [٢] • ولهذا كله أجازه الفقهاء [٣] •

٥٠٤ ـ هل يجوز تحكيم الذمي ؟

عند الحنفية الشرط في المحكم أن يكون عاقلاً ولا يشترط فيه الاسلام ، والشرط فيمن يكون حكماً صلاحيته لتولي القضاء على من

---

(١) الدر المختار ورد المحتار جـ ٤ ص ٤٨٢ .

(٢) شرح العناية وفتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٨ . والآية في سورة النساء جـ ٥ ، الآية ٣٥ ، وقصة تحكيم سعد رواها البخاري جـ ٦ ص ١٥٣ ، مسلم جـ ٧ ص ٣٧٩ ، أبو داود جـ ٨ ص ٨٢ .

(٣) المغني جـ ٩ ص ١٠٧ ، الهداية جـ ٥ ص ٤٩٩ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٨ ، ابن فرحون المالكي جـ ١ ص ٤٦ .

حكمه . ولما كانت أهلية القضاء بأهلية الشهادة فلا يصح تحكيم غير المسلم على المسلم ، ولكن يصح تحكيم أهل الذمة ذمياً ليحكم فيما بينهم لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم [1] ، وتشترط الأهلية المذكورة فيمن يكون حكماً وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً . فلو حكم ذميان ذمياً ليحكم بينهما ثم أسلم الحكم فهو باق على حكومته ، لأن المسلم من أهل الشهادة على الذميين ، ولو أسلم أحد الخصمين الذميين خرج الحكم عن حكومته فيما بينهما بالنسبة لما يحكم به للذمي على المسلم ، ولا يعد خارجاً عن حكومته اذا حكم للمسلم على الذمي لأنه من أهل الحكم على الذمي [2] . ولو أسلم الخصمان خرج الحكم عن حكومته فلا يصح حكمه على أحدهما للآخر لعدم أهليته عليهما وقت الحكم [3] .

وما قالوه محل نظر ، لأنه اذا أسلم الحكم فكيف تبقى حكومته ؟ وأساس التحكيم رضا الطرفين على الحكم ، وهم رضياه يوم كان ذمياً فكيف نلزمهما ببقائه حكماً في هذه الحالة ، وهو حكم وليس بقاض يترافع أمامه الخصمان ؟ وقولهم : لو أسلم أحد الخصمين الذميين خرج الحكم عن حكومته فيما بينهما بالنسبة لما يحكم به للذمي على المسلم ويبقى حكماً اذا حكم للمسلم على الذمي . هذا القول غير مستساغ ولا أرى له وجهاً مقبولاً لأن الحكم إما أن يبقى ، إذا أسلم أحد الخصمين ، فيقبل حكمه على الطرفين ، وإما أن تزول عنه هذه الصفة فلا يعتد بحكمه على أحدهما .

---

(١) شرح العناية وفتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٩ ؛ الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٧ .

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٩ ؛ الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٧ — ٣٩٨ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار جـ ٤ ص ٤٨٢ — ٤٨٣ . فتح القدير جـ ٥ — ص ٤٩٩ .

٥٠٥ ـ تحكيم المستأمن :

قلت إن الشرط عند الحنفية في الحكم أن يكون أهلاً للقضاء على من يحكمه ، وان أهلية القضاء بأهلية الشهادة . وبما أن الذمي من أهل الشهادة على المستأمن فيلزم من هذا جواز تحكيمه من قبل المستأمنين . ويجوز أيضاً ، على مقتضى مذهب الأحناف ، تحكيم المستأمن من قبل المستأمنين اذا لم يكن بين الخصمين والحكم اختلاف دار لأن الأحناف قالوا إن المستأمن من أهل الشهادة على المستأمن إن اتحدوا داراً [١] .

٥٠٦ ـ تحكيم غير المسلم في المذاهب الاخرى :

غير الحنفية ، كما يبدو ، لا يجيزون لأهل الذمة ان يحكموا ذمياً ليحكم بينهم ، وكذا لا يجيزون للمستأمنين ان يحكموا مستأمناً ، لأنهم اشترطوا في الحكم أهليته للقضاء ، ومن شروط أهلية القضاء عندهم الاسلام [٢] .

---

(١) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ من هذه الرسالة .

(٢) المغني جـ ٩ ص ١٠٧ ، ابن فرحون المالكي جـ ١ ص ٤٧ ، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٣٨ — ١٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٨ ، شرح اللمعة جـ ١ : « ولابد في القاضي المنصوب من الامام من الكمال بالبلوغ والعقل والعدالة ويدخل فيها الايمان . ويشترط في قاضي التحكيم العدالة ايضاً ، وقاضي التحكيم هو الذي تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاض منصوب » .

الفصل الثالث

المطبق بالنسبة لقضاياهم في الوقت الحاضر

المبحث الأول

المطبق فى الجمهورية العربية المتحدة

اولا — بالنسبة للذميين

٥٠٧ — يخضع الذميون في الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر لولاية القضاء العامة « المحاكم المدنية » في مسائل أحوالهم الشخصية ، وذلك بعد صدور القانونين رقم ٤٦١ ، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . فقد جاء في المادة الأولى من القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ : « يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ النص الآتي : « تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية وجميع الجرائم إلا ما استثني بنص خاص » . وجاء في المادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ : « تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات ... » وبهذا صار الذميون يخضعون في مسائل أحوالهم الشخصية للمحاكم المدنية صاحبة الولاية العامة على جميع المواطنين

في الجمهورية العربيـــة المتحدة ، كما هو الشأن في خضوعهم لها في مسائل أحوالهم العينية (١) . وقد كان الذميون قبل صدور القانونين المذكورين يخضعون لجهات قضائيـــة خاصة بهم في مسائل أحوالهم الشخصية ، وهي مجالسهم الملية اذا كانوا متحدين في الملة والطائفة ، أما اذا كانوا مختلفين في الملة أو الطائفة فقد كانت الولاية على مسائل أحوالهم الشخصية للمحاكم الشرعية (٢) .

٥٠٨ ـ القانون الواجب التطبيق :

يخضع الذميون في معاملاتهم المالية الى القانون المدني المصري « العربي » شأنهم في هـــذا شأن المواطنين المسلمين . أما في مسائل الأحوال الشخصية ففيها تفصيل :

اولا ـ فيما يخص المواريث والوصية والوقف والولاية على المال ، صدرت قوانين تنظم أحكامها وهي : القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فيما يخص المواريث، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فيما يخص الوصية، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فيما يخص الوقف ، والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فيما يخص الولاية على المال . والذميون كالمسلمين في خضوعهم لأحكام هذه القوانين ولأحكام الشريعة الاسلامية التي تخص مواضيع هـــذه القوانين اذا لم يرد بشأنها نصوص فيها (٣) .

ثانياً ـ في مسائل الأحوال الشخصية الأخرى ، غير المذكورة في أعلاه ، يطبق على الذميين أحكام شريعتهم في نطاق النظام العام ، بشرطين :

أ ـ أن يكونوا متحدين في الملة والطائفة .

---

(١) أحكام الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للاســتاذ حلمي بطرس ص ١٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٩ ـ ٤١ .

(٣) المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي ، ص ٢١ ـ ٢٢ ، ١٧٥ .

ب ــ أن تكون لهم جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فقد جاء فيها : « .... أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام ــ في نطاق النظام العام ــ طبقاً لشريعتهم » . فإذا لم يتحقق هــذان الشرطان كأن يكون طرفا النزاع مختلفين في الطائفة والملة أو في احداهما كأن يكون أحدهما مسيحياً والآخر يهودياً ، أو يكون أحدهما من الأقباط الأرثوذكس والثاني من الأقباط الكاثوليك ، ففي هذه الحالات ونحوها ، لا تطبق عليهم أحكام شريعتهم . وكذلك لا تطبق أحكام شريعتهم ولو كانوا متحدين في الطائفة والملة اذا لم تكن لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صــدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وفي هذه الأحوال ــ أي عند عدم توافر الشرطين ــ يكون القانون الواجب التطبيق هو أحكام الشريعة الاسلامية حسب المقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عملاً بالفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التي نصت على انه : « تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة » ، لأن المحاكم الشرعية قبل الغائها كانت تختص بقضايا الذميين في مسائل الأحوال الشخصية اذا اختلفوا في الطائفة أو الملة ، فتطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية وفق المقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [1] . والمادة ٢٨٠

(١) حلمي بطرس ، مؤلفه السابق ، ص ٣٩ ــ ٤٠ ، تادرز ، مؤلفه السابق ، ص ٢١ ــ ٢٢ ، شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور الشرقاوي جـ ١ ص ٣٢ .

من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على انه : « تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » .

٥٠٩ — أثر تغيير الطائفة أو الملة على القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية :

نصت المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ : « ولا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية الى أخرى أثناء سير الدعوى إلا اذا كان التغيير الى الاسلام ، فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون » .

فهذه المادة تورد استثناء على الفقرة الثانية من المادة السادسة التي تقضي بتطبيق القانون الديني للمتخاصمين ، وهذا الاستثناء هو : اذا غيَّر أحد الخصوم ديانته الى الاسلام ، أي صار مسلماً ، في أثناء سير الدعوى ففي هذه الحالة تطبق الشريعة الاسلامية على النحو المذكور في الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . أما اذا كان تغيير أحد الخصوم ديانته الى غير الاسلام، أو غيَّر طائفته الى طائفة أخرى مع بقائه على ديانته ، وكان التغيير أثناء سير الدعوى فلا يؤثر هذا التغيير في تطبيق القانون الديني الذي وجب تطبيقه قبل تغيير أحد الخصوم ملته أو طائفته .

والخلاصة فإن القانون الديني لغير المسلمين يطبق اذا كان الخصوم متحدين في الطائفة والملة وظلوا هكذا الى انتهاء الدعوى أو غيَّر أحدهم ملته أو طائفته أثناء سير الدعوى اذا كان التغيير الى غير الاسلام ، فإن كان التغيير الى الاسلام فلا يطبق إلا حكم الشريعة الاسلامية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ثانياً — بالنسبة للمستأمنين

٥١٠ — مدى ولاية القضاء العامة على المستأمنين :

للأجانب في الجمهورية العربية المتحدة حق الإلتجاء الى القضاء الوطني لرفع دعاواهم على خصومهم [١] ، فتختص المحاكم الوطنية بالنظر في الدعوى اذا كان المدعى عليه من رعايا الجمهورية العربية المتحدة ولو لم يكن له موطن أو سكن فيها [٢] . أما اذا كان المدعى عليه أجنبياً فقد تكفلت المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ببيان الأحوال التي تختص فيها المحاكم الوطنية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي اذا لم يكن له موطن أو سكن في الجمهورية العربية المتحدة . ويفهم من هذه المادة أن المحاكم الوطنية تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجانب اذا كان لهم موطن أو سكن في العربية المتحدة بصرف النظر عن المكان التي تمت فيه العقود أو الأفعال التي سببت النزاع [٣] .

كما أن المواد من ٨٥٩ الى ٨٦٧ من قانون المرافعـات المذكور والتي صدر بها وبغيرها من مواد الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ، بينت هذه المواد حالات اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، وقد عللت المذكرة التفسيرية للقانون الأخير صدور هذا القانون بهذه المواد بقولها : « لأنه لوحظ أن نص المادة الثالثة من قانون المرافعات قليل الجدوى في تحديد أسس الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية ، وقد أقام المشرع اختصاص المحاكم المصرية — العربية — في المسائل

---

(١) القانون الدولي الخاص للدكتور احمد مسلم جـ ١ ص ٣٧٥ .

(٢) شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور الشرقاوي جـ ١ ص ٢٥٣ — ٢٥٤ .

(٣) شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور الشرقاوي جـ ١ ص ٢٥٨ هامش (١) .

المذكورة على وجود موطن المدعى عليه الأجنبي بمصر ــ في الجمهورية العربية المتحدة ــ أخذاً بقاعدة أن الدعوى ترفع الى محكمة محل المدعى عليه ، كما أقامه على تعلق الدعوى بعقار موجود بمصر ــ الجمهورية العربية المتحدة ــ ... وقد جاء المشرع ببعض مستثنيات لهذه القاعدة اقتضتها اعتبارات لها وجاهتها ... » [١] .

٥١١ ــ القانون الواجب التطبيق :

خصص المشرع المصري « العربي » في القــانون المدني المواد « ١٠ ــ ٢٨ » لبيان قواعد الاسناد ، أي القواعد التي تشير الى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، سواء كان هذا العنصر الأجنبي في أطرف العلاقة القانونية أو في سببها المنشيء لها أو في موضوعها .

وعلى هذا ، اذا كان أحد طرفي العلاقة القانونية أجنبياً ، أو كان طرفاها أجنبيين « مستأمنين » في الجمهورية العربية المتحدة ، فإن المحاكم الوطنية تطبق على هذه العلاقة القانونية القانون الذي تشير اليه قواعد الإسناد الوطنية الواردة في المواد المذكورة أعلاه [٢] . على أن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير اليه قواعد الإسناد الوطنية مقيد بالنظام العام والآداب في العربية المتحدة كما تقضي بذلك المادة ٢٨ من القانون المدني المصري « العربي » [٣] . فإذا كان القانون الواجب التطبيق

---

(١) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ، من مجموعة قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المتعلقة بــه ، جمع عبدالخالق عزت ، الطبعة الأولى ، ص ٣٦٤ .

(٢) ويلاحظ أن هذه القواعد لا تتضمن أحكاماً موضوعية وانما تدل فقط على القانون الواجب التطبيق الذي يعطي الأحكام اللازمة لموضوع النزاع .

(٣) وهذه المادة تنص على انه : لا يجوز تطبيق قانون اجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر .

بموجب هذه القواعد يجيز زواج المسلمة بغير المسلم ، أو يساوي في الميراث بين البنت والابن المسلمين ، أو يمنع طلاق المسلم لزوجته بإرادته المنفردة ، فإن القاضي الوطني في هذه الحالات وأمثالها يستبعد تطبيق القانون الأجنبي ويطبق قانونه الوطني — وهو هنا الشريعة الاسلامية — فيقضي ببطلان هذا الزواج ، ويجعل ميراث البنت على النصف من ميراث الابن ، ويجيز طلاق المسلم لزوجته بارادته المنفردة ، لأن الأخذ بالقانون الأجنبي في هذه الحالات مخالف للنظام العام في الجمهورية العربية المتحدة [1] .

ويتصور خضوع الأجانب في الجمهورية العربية المتحدة لأحكام الشريعة الاسلامية ، بموجب قواعد الإسناد الوطنية ، في حالات كثيرة ، منها : يتزوج مواطن ذمي مستأمنة ، أو تتزوج مواطنة ذمية مستأمناً في العربية المتحدة ، ثم يثور نزاع حول هذا الزواج فيكون القانون الواجب التطبيق ، في هذه الحالة ، على الشروط الموضوعية لهذا الزواج عدا شرط الأهلية ، هو القانون المصري « العربي » طبقاً للمادة ١٤ من القانون المدني [2] . فإذا كان أحد الزوجين من الأقباط الأرذوكس والآخر من السريان الكاثوليك فإن القانون الذي يطبق هو أحكام الشريعة الاسلامية « حسب المقرر بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » لاختلاف الزوجين في الطائفة والملة وفقاً لما تقضي به قواعد الإسناد الوطنية الداخلية [3] ، اتباعاً لنص المادة ٢٦ من القانون

(١) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله جـ ٢ ص ٤٣١ — ٤٣٢ .

(٢) والمادة ١٤ من هذا القانون نصت على انه : في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا كان احد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

(٣) فقرة ٥٠٨ ص ٦٠٥ من هذه الرسالة .

المدني المصري « العربي » [١] . وكذلك اذا تزوج مواطن مسلم مستأمنة فإن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لهذا الزواج، عدا شرط الأهلية ، هو الشريعة الاسلامية لما قلناه . وكذلك اذا مات مواطن ذمي وكان له ورثة من المستأمنين فإن القانون الواجب التطبيق على الميراث في هذه الحالة هو قانون المورث عملاً بالفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدني المصري «العربي» [٢] . وقانون المورث هو قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وأحكام الشريعة الاسلامية التي تخص مسائل الميراث اذا لم يرد بشأنها نص في هذا القانون ، لأن أحكام المواريث في العربية المتحدة تسري على جميع المواطنين من مسلمين وغير مسلمين كما قلنا من قبل [٣] .

المبحث الثاني

المطبق فى العراق

اولا — بالنسبة للذميين

تمهيـــد :

٥١٢ — تبنت الدولة العثمانية المذهب الحنفي فكان هو المطبق في محاكمها في سائر أنحاء الدولة ومنها العراق . فقد كانت المحاكم

---

(١) جاء في المادة ٢٦ من القانون المدني المصري « العربي » : متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها .

(٢) نصت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من القانون المدني المصري : يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث او الموصي او من صدر عنه التصرف وقت موته .

(٣) فقرة ٥٠٨ ص ٦٠٤ من هذه الرسالة .

ـ وهي المحاكم الشرعية ـ في العراق تطبق الفقه الحنفي في قضائها [١].

وكانت هذه المحاكم الشرعية في العراق حتى سنة ١٣٠٥ هـ تنظر في جميع القضايا ، سواء منها ما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية أو العينية أو الجنايات ، وبالنسبة لجميع المقيمين في العراق ... ثم تقيدت وظيفة المحاكم الشرعية بموجب الإرادة السنية من السلطان العثماني آنذاك بتاريخ ٢٤ جمادى الآخرة سنة ١٣٠٥ هـ والتي منعت المحاكم الشرعية من النظر في دعاوى التجارة والجزاء والضرر ونحو ذلك ، وجعل الاختصاص فيها الى المحاكم المدنية . وبقي اختصاص المحاكم الشرعية بمسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع المقيمين في العراق من مسلمين وغير مسلمين ، حتى تاريخ الاحتلال البريطاني للعراق سنة ١٩١٧ . وبعد الاحتلال بفترة وجيزة صدر بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ وأناط رؤية دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بأفراد الطوائف غير الاسلامية بالمحاكم المدنية على أن تستعين المحكمة في هذه الدعاوى بعالم روحاني للطائفة التي ينتمي اليها الخصوم للتعرف على الحكم الديني في هذه الدعاوى [٢] . وبقي الأمر هكذا حتى تشريع القانون الأساسي العراقي سنة ١٩٢٥ حيث نصت المادة الخامسة والسبعون منه على تقسيم المحاكم الدينية الى محاكم شرعية ومجالس روحانية طائفية . وقد نصت المادة الثامنة والسبعون من هذا القانون الأساسي على ما يأتي :

« تشمل المجالس الروحانية الطائفية : المجالس الروحانية الموسوية والمجالس الروحانية المسيحية وتؤسس تلك المجالس وتخول سلطة القضاء بقانون خاص » . ثم صدر أخيراً قانون تنظيم المحاكم الدينية

---

(١) الاحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية ، تاليف الاستاذ محمد احمد العمر ص ١٠ .

(٢) التطبيقات الشرعية والصكوك للاستاذ محمد احمد العمر ص ١٦ — ٢٠ .

للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ ، وصدر أيضاً قانون أصول المحاكمات للطوائف المسيحية والموسوية رقم ١٠ لسنة ١٩٥٠ لتنظيم اجراءات التقاضي أمام هذه المحاكم الطائفية .

٥١٣ — والذميون ، في الوقت الحاضر ، في مسائل المعاملات ، الأحوال العينية ، يخضعون للمحاكم المدنيــة وما تطبقــه من قوانين كالقانون المدني العراقي ، شأنهم في ذلك شأن المسلمين من العراقيين (١) . أما مسائل أحوالهم الشخصية ، فموزعة بين المحاكم الطائفية ، ومحاكم المواد الشخصية ، والمحاكم الشرعية . كما أن القانون الواجب التطبيق ليس واحداً ، فقد يكون القانون الديني للذمي ، وهذا هو ما تطبقه المحاكم الطائفية في الدعاوى التي من اختصاصها النظر فيها ، وقد يكون أحكام الشريعة الاسلامية ، وهذا ما تطبقه المحاكم الشرعية دائماً . أما المحاكم المدنية — محاكم المواد الشخصية — فقد تطبق القانون الديني للذمي وقد تطبق الشريعة الاسلامية أو غيرها حسب الأحوال ، كما سيأتي بيانه .

وأتكلم فيما يلي عن الاختصاص القضائي لهذه المحاكم بالنسبة للأحوال الشخصية للذميين ، والقانون الواجب التطبيق فيها .

أ — المحاكم الطائفية

٥١٤ — للمسيحيين واليهود ، دون غيرهم محاكم طائفية ، نص على تشكيلها قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ . وقد اعتبر هذا القانون بمادته الثانية المسيحيين ثلاث طوائف ، واعتبر اليهود طائفة واحــدة . وطوائف المسيحيين هي : الكاثوليك ، على اختــلاف فرقهم ، والأرمن الأرثوذكس والسريان

---

(١) جاء في المادة ١٤ من القانون المدني العراقي : « يقاضى العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج » .

الأرثوذكس [١] .

إلا أن المحكمة الدينية للاسرائيليين الغيت بعد هجرة اليهود الى فلسطين ، وأودعت قضايا اليهود الباقين في العراق الى المحاكم المدنية ، وذلك بموجب بيان وزير العدلية الصادر في ١٠/١١/١٩٥١ . وتختص كل محكمة من هذه المحاكم بالنظر في مسائل النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية لأبناء الطائفة التي تعود اليها المحكمة [٢] . وتطبق هذه المحاكم في المسائل المذكورة ، القانون الديني للطائفة لا الأحكام التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ [٣] .

---

(١) جاء في المادة الأولى من هذا القانون : « تنظم المحاكم المدنية للطوائف المسيحية والموسوية المنصوص عليها في المادة ٢ وفقاً للأحكام الواردة في هذا القانون » .
ونصت المادة الثانية منه على ما يأتي :
تنشا حسب الحاجة محكمة طائفية من الطوائف الآتية :
اولا ـ الكاثوليك على اختلاف فرقهم .
ثانياً ـ الأرمن الأرذوكس .
ثالثاً ـ اليعاقبة الأرذوكس .
رابعاً ـ الاسرائيليين .
وقد حذفت كلمة « اليعاقبة الأرثوذوكس » ووضع مكانها « السريان الأرثوذكس » بموجب تعديل القانون المذكور بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٠ .

(٢) المادة ١٢ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ .

(٣) جاء في الفقرة الاولى من المادة التاسعة عشرة من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية : « على كل طائفة أن تدون باللغة العربية الاحكام والقواعد الفقهية التي تطبق في جميع الدعاوى المشار اليها في المادة ١٢ ... الخ » . ونصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يلي : « تسري احكام هذا القانون على العراقيين الا من استثني بقانون خاص » . والطوائف المسيحية والاسرائيليون استثنوا بقانون خاص . وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق رقم ٥٧/٦٠ وبتاريخ ١٥/١٠/١٩٦٠ ←

٥١٥ ـ واذا اختلف طرفا العلاقة في الدين أو الطائفة أو الفرقة فلأية محكمة ينعقد الاختصاص القضائي ؟ .

أما بالنسبة للكاثوليك فإن الاختصاص يبقى لمحكمة الكاثوليك، وان اختلفت فرق الخصوم لأن المـادة ١٧ من قانون تنظيم المحاكم الطائفية نصت في فقرتها الأولى على أنه : « يعين في المحكمة الطائفية للكاثوليك عضو من اللاتين وعضو من الكلدان وعضو من السريان وعضو من الروم وعضو من الأرمن » . ثم نصت الفقرة (ب) من هذه المادة على انه : « وتؤلف هذه المحكمة من ثلاثة أعضاء يكون من بينهم على الأقل عضو من الفرقة التي يتبعها الخصمان اذا اتحدا فرقة فإن اختلفا الفت المحكمة من عضو من الفرقة التي ينتمي اليها المدعي وعضو من الفرقة التي ينتمي اليها المدعى عليه وعضو من فرقة ثالثة يختاره رئيس المنطقة العدلية في غضون ثمانية أيام من تاريخ مراجعته وتكون الرئاسة لهذا العضو الثالث » ومعنى هذا أن القانون لم يرتب أثراً مهماً على اختلاف فرق الخصوم الكاثوليك اذ أبقى الاختصاص لمحكمة الكاثوليك واكتفى بالنص على تأليف المحكمة على النحو الذي نص عليه . والظاهر أن الذي حمله على هذا النهج هو ضآلة الفروق بين هذه الفرق . أما القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة فهو الأحكام الدينية للطائفة الكاثوليكية .

← بخصوص زوجين مسيحيين : « لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة وجد ان الأحكام التي انتظمها قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ تسري على العراقيين الا من استثني منهم بقانون خاص ، وحيث ان هناك قانوناً خاصاً مرقماً ٣٢ لسنة ١٩٤٧ أوجب تاسيس محاكم دينية للطوائف المسيحية والموسوية وبين اختصاصها وهي النظر في دعاوى النكاح والصداق والطلاق والنفقة الزوجية ، ومعنى ذلك أن هذه المواضيع بين ذوي العلاقة يجب أن تحسمها محكمة دينية للطائفة التي ينتمي اليها ذوو العلاقة » .

وأما بالنسبة لغير المسلمين من اليهود والمسيحيين اذا اختلفوا في الطائفة أو الدين ، فإن قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ لم ينص على الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعاتهم . والظاهر أن الاختصاص القضائي يكون للمحاكم المدنية « محاكم المواد الشخصية » لأنها هي المحاكم المختصة أصلاً بمسائل الأحوال الشخصية لليهود والمسيحيين ولكن أخرج من اختصاصها دعاوى النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية ، بالنسبة لليهود والمسيحيين وأودع النظر فيها الى المحاكم الطائفية . وهذه المحاكم الطائفية لا يثبت اختصاصها إلا اذا كان الخصوم جميعاً من الطائفة التي تعود اليها المحكمة ، وهذا هو المفهوم من المادة الثانية عشرة من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية ، فقد جاء في هذه المادة : « تنظر المحاكم والمجالس الطائفية في الدعاوى الآتي ذكرها الخاصة بالعراقيين المنتمين الى الطائفة التي تخصص لها المحكمة ... » . فإذا ما انعقد الاختصاص القضائي لمحكمة المواد الشخصية ، كما ذكرنا ، فأي قانون تطبق ؟ لم يصرح القانون بشيء ، والذي أراه ، في هذه الحالة ، هو تطبيق قانون طائفة الزوج وقت انعقاد الزواج ، قياساً على ما نص عليه قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣ بالنسبة للزوجين المسلمين اذا كان الزوج جعفرياً وقت عقد النكاح ، فقد جاء في المادة الخامسة من هذا القانون : « تحسم الدعاوى الآتية فقط بمقتضى الفقه الجعفري : ١ ــ الدعاوى المتعلقة بالنكاح والطلاق والمهر والحضانة والنفقة الزوجية أو التي يدفعها الأولاد الى أبويهم والوصايا على القصر والمناسبات الزوجية إن كان الزوج جعفرياً في وقت عقد النكاح ... » .

ب ـ محاكم المواد الشخصية

٥١٦ ـ وهذه المحاكم من محاكم البداءة وهي من المحاكم المدنية . وتختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية للعراقيين غير المسلمين من يهود ومسيحيين عدا ما يدخل في اختصاص محاكمهم الدينية [١] . وتطبق هذه المحاكم في هذه المسائل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ والمواد التي أشار اليها هذا القانون من القانون المدني العراقي [٢] . وتطبق الفقه الحنفي على قضايا وقوفهم [٣] ، باعتبار ان الشريعة الاسلامية هي صاحبة الولاية العامة على جميع مسائل الأحوال الشخصية لجميع العراقيين إلا ما استثني بقانون خاص [٤] .

ج ـ المحاكم الشرعية

٥١٧ ـ تختص المحاكم الشرعية ، فضلاً عن اختصاصها الطبيعي بقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين ، بقضايا الأحوال الشخصية اذا كان أحد طرفي الدعوى مسلماً [٥] ، كما لو كان الزوج مسلماً والزوجة

---

(١) الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية لاستاذنا الدكتور صلاح الدين الناهي ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩ . والدعاوى التي تدخل في اختصاص محاكمهم الدينية هي دعاوى النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية . ويلاحظ هنا ان محاكم المواد الشخصية تختص ايضاً بالنظر في هذه الدعاوى بالنسبة لطوائف اليهود والمسيحيين التي ليس لها محاكم دينية .

(٢) نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة ٧٣ على انه : « تراعى في الوصية الأحكام الواردة في المواد من ١١٠٨ ـ ١١١٢ من القانون المدني » . ونص في المادة ٧٤ منه على انه : « تسري الأحكام الواردة في المواد من ١١٨٧ ـ ١١٩٩ من القانون المدني في تعيين الورثة وتحديد انصبتهم في التركة من عقارات ومنقولات » .

(٣) احكام الأوقاف للاستاذ محمد شفيق العاني رئيس محكمة تمييز العراق ص ٨ .

(٤) الأحوال الشخصة والتطبيقات الشرعية تاليف الاستاذ محمد احمد العمر ص ٤٥١ .

(٥) التطبيقات الشرعية للاستاذ محمد احمد العمر جـ ٢ ص ٤٤٦ .

كتابية . والواقع أن اختصاص المحكمة الشرعية في هذه الحالة هو ما نص عليه الفقهاء جميعاً من مختلف المذاهب الاسلامية ، ولهذا لو أسلمت زوجة غير المسلم فإن دعوى التفريق تدخل في اختصاص المحكمة الشرعية ، وفي هذا قرار لمحكمة تمييز العراق في قضية خلاصتها أن يهودية أسلمت فأقام زوجها اليهودي الدعوى في المحكمة الشرعية السنية على زوجته طالباً التفريق بينهما ، فردت المحكمة الدعوى بحجة عدم الاختصاص ، فأقام الدعوى في محكمة المواد الشخصية فردتها بحجة عدم الاختصاص أيضاً ، فراجع محكمة التمييز طالباً تعيين مرجع دعواه ــ أي المحكمة المختصة بالنظر في دعواه ــ فأصدرت لجنة تعيين المرجع بمحكمة التمييز قرارها بتاريخ ٣٠/١٢/١٩٥٣ وبرقم٣/تعيينمرجع/٥٣، وجاء فيه ما يأتي : « ترى اللجنة ــ لجنة تعيين المرجع بمحكمة تمييز العراق ــ أن اعتناق الزوجة الغير المسمة الديانة الاسلامية يوجب التفريق بينها وبين زوجها الغير المسلم الذي أصر على الاحتفاظ بدينه بعد أن يكلف شرعاً بلزوم اعتناق الديانة الاسلامية تبعاً لزوجته ، الأمر الذي كان يجب على قاضي المحكمة الشرعية اتباعه عند اصدار الحجة الشرعية بتأييد اعتناق الزوجة الديانة الاسلامية ، فذهوله عن ذلك في الحجة الشرعية التي أصدرها لا يؤثر على مرجع الدعوى وكونها من اختصاص المحكمة الشرعية ، لذلك قرر أن مرجع الدعوى هو المحكمة الشرعية السنية » .

وتختص المحاكم الشرعية أيضاً بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ــ من غير اليهود والمسيحيين ــ كالصابئة [1] وغيرهم .

---

(١) ولمحكمة تمييز العراق قرار بذلك ، فقد جاء في حكم لها في القضية المرقمة ٢٨٩٦/ع/١٩٥٧ الصادر بتاريخ ٢٨/١/١٩٥٨ : « ... لذلك فان الاختلافات في الأحوال الشخصية التي تنشأ ما بين أفراد هذه الطائفة ــ أي الصابئة ــ يكون مرجع حسمها المحاكم الشرعية التي تطبق الأحكام الشرعية » .

وتختص المحاكم الشرعية أيضاً بدعاوى الأحوال الشخصية لغير المسلمين التي تنظرها محاكمهم الدينية اذا غير أحد الخصوم ديانته الى الاسلام ، وهذا ما يؤيده شراح قانون المرافعات في العراق (١) وإن لم يوجد نص صريح في الموضوع .

وتطبق المحاكم الشرعية في جميع قضايا غير المسلمين ، التي تختص بالنظر فيها ، قانون الأحوال الشخصية العراقي في المسائل التي نص على أحكامها ، وفيما عدا ذلك تطبق الشريعة الاسلامية .

ثانياً ـ بالنسبة للمستامنين

٥١٨ ـ للأجنبي في العراق حق اللجوء الى المحاكم العراقية لحمايته والمطالبة بالحكم له فيما يدعيه ، فهو في هذا الحق كالمواطن العراقي (٢) . ويخضع الأجنبي لولاية القضاء العامة ما دام موجوداً في العراق ، ويخضع أيضاً للقضاء العراقي ، في حالات خاصة ، حتى ولو لم يكن موجوداً في العراق (٣) . وتختص المحاكم المدنية بالنظر في مسائل أحواله العينية .

وفي مسائل الأحوال الشخصية ، تختص محكمة المواد الشخصية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين ، وبالنسبة للمسلمين منهم أيضاً اذا كانوا لا يخضعون في بلادهم الى الأحكام

(١) مذكرات في شرح قانون المرافعات المدنية ، على الآلة الناسخة ، للاستاذ ضياء شيت ص ٨٤ .

(٢) الوضع القانوني للأجانب في العراق ـ للاستاذ هادي الجاوشلي ص ٨٤ .

(٣) نصت المادة ١٥ من القانون المدني العراقي :
يقاضي الأجنبي امام محاكم العراق في الأحوال الآتية :
أ ـ اذا وجد في العراق .
ب ـ اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى .
جـ ـ اذا كان موضوع التقاضي عقداً تم ابرامه في العراق وكان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق .

الشرعية في مسائل أحوالهم الشحصية بل يخضعون لأحكام قانون مدني كالمسلمين في تركيا • أما المسلمون الذين تسري في بلادهم الأحكام الفقهية الاسلامية في مسائل أحوالهم الشخصية فإن المحاكم الشرعبة هي التي تختص بالنظر في قضاياهم بقدر ما يدخل في اختصاصها من هذه القضايا (١) •

أما عن القانون الواجب التطبيق على قضايا الأجانب فإن المحكمة الشرعيةتطبق على قضاياهم التي تختص بالنظر فيهـا قانون الأحوال الشخصية فيما نص عليه ، وأحكام الشريعة الاسلامية في المسائل التي لم ينص على أحكامها هذا القانون أو قانون غيره • وتطبق المحاكم المدنية القانون الذي تشير اليه قواعد الإسناد العراقية التي نص عليها القانون المدني العراقي في المواد من ١٧ — ٣٣ • ويستثنى من تطبيق القانون الأجنبي أحكامه المخالفة للنظام العام ، وعلى هذا نصت المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها : « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق » •

المبحث الثالث

المطبق فى السعودية

بالنسبة للذميين والمستامنين

٥١٩ — تختص المحاكم الشرعية في العربية السعودية بالنظر في

(١) الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . والوجيز في المرافعات المدنية والتجارية لاستاذنا الدكتور صلاح الدين الناهي ص ٢٠٨ .

جميع القضايا ، وبالنسبة لجميع الأشخاص المقيمين في اقليمها ، فلا فرق بين سعودي وأجنبي في الخضوع لولاية القضاء العامة في البلاد السعودية [١] . وتطبق المحاكم الشرعية الشريعة الاسلامية في جميع القضايا التي تنظرها ، سواء كانت من قضايا الأحوال الشخصية أو غيرها ، وهذا ما نصّ عليه نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي لسنة ١٣٧٢ هـ [٢] . والمقصود بالشريعة الاسلامية ، التي تطبقها المحاكم الشرعية في البلاد السعودية ، هو المذهب الحنبلي ، المذهب الرسمي في هذه البلاد [٣] .

وتتبع هذه المحاكم من حيث أصول المحاكمات ، الأصول الشرعية ، وقد صدرت عدة أنظمة تنظم أمور التقاضي أمام هذه المحاكم وتبين كيفية النظر في الدعوى من حين قيدها في المحكمة الى حين صدور الحكم فيها . ومن هذه الأنظمة نظام المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٣٥٥ هـ ، ونظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية الصادر سنة ١٣٧٢ هـ .

ويلاحظ أن المحاكم الشرعية — وهي المختصة بالنظر في معاملات الأجانب وقضاياهم — لا تشترط رضا الخصمين بالترافع أمامها حتى تحكم في النزاع ، وهذا في الحقيقة خروج على المقرر في المذهب الحنبلي حيث يشترط هذا المذهب اتفاق الخصمين المستأمنين على رفع دعواهما الى القاضي المسلم حتى يستطيع أن ينظر فيها كما بينا من قبل [٤] . والحقيقة أن مذهب الحنابلة في هذه المسألة مرجوح ، وأن الراجح هو القول باختصاص القاضي المسلم بالنظر في جميع القضايا ، ومنها قضايا المستأمنين ، دون توقف على رضا المدعى عليه ، كما بينا من قبل [٥] .

---

(١) الاوضاع التشريعية في الدول العربية ، ماضيها وحاضرها ، للدكتور صبحي محمصاني ص ٣٢٥ وما بعدها .

(٢) انظر المواد : ٢ ، ١٥ ، ٢٣ ، ٢٥ ، ٥٢ ، ٨٢ من نظام تركيز القضاء الشرعي لسنة ١٣٧٢ هـ .

(٣) الدكتور صبحي محمصاني ، مؤلفه السابق ، ص ٣٣٦ .

(٤) فقرة ٤٨٣ ص ٥٧٠ من هذه الرسالة .

(٥) فقرة ٤٨٧ ص ٥٧٣ من هذه الرسالة .

وهذا ما تسير عليه المحاكم في العربية السعودية في الوقت الحاضر ، ونص عليه نظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية ، فيكفي أن يرفع المدعي دعواه الى المحكمة المختصة لتنظر فيها وتدعو المدعى عليه للحضور [١] ، واذا لم يحضر دون أن يبدي معــذرة مشروعة فإن المحكمة تنظر الدعوى وتسمع البينة وتصدر الحكم في غيابه [٢] .

والى جانب المحاكم الشرعية العامة ، توجد محاكم خاصة ، أهمها المجلس التجاري في جدة ، ومجلس إدارة ينبع . فالأول يختص في جميع المنازعات والقضايا التي تحدث بين التجار أو من يمتهن الأعمال التجارية كالدلالية والصيرفة ، وكذلك يختص هــذا المجلس بالنظر في جميع الخصومات التي تحدث بين الشركات على اختلاف أنواعها . ويطبق المجلس التجاري في جدة النظام التجاري الصادر سنة ١٣٥٠ هـ . أما مجلس ادارة ينبع فهو يقوم بوظيفة المحكمة التجارية في ينبع ويطبق النظام التجاري المذكور ، وتميز أحكامه أمام المجلس لتجاري في جــدة [٣] .

---

(١) المادة ٣ من نظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية : على المحكمة ان تشعر المدعى عليــه بالحضور في الوقت المعين لسماع الدعوى عليه ، وعلى المدعى عليه الحضور في الوقت الذي تحدده بدون تأخير .

(٢) المادتان ٢٦ ، ٢٧ من النظام المذكور .

(٣) الاوضاع التشريعية في الدول العربية ، المرجع السابق ، ص ٣٣٠ وما بعــدها .



الخاتمة

بعض اوصاف الشريعة الاسلامية :

الشريعة الاسلامية قامت على أساس القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، وكلاهما وحي من الله تعالى : الأول باللفظ والمعنى ، والثاني بالمعنى دون اللفظ .

وهي شريعة عامة لجميع البشر ، شاملة لجميع شؤونهم وأحوالهم ، خالدة لا يلحقها نسخ ولا تبديل لأنها خاتمة الشرائع وصالحة لكل زمان ومكان لأن الله تعالى اذ جعلها خاتمة الشرائع ، جعل أحكامها وقواعدها وأصولها كافية وافية لكل زمان ومكان فلا تضيق بحاجات الناس وما يستجد من أمورهم وأحوالهم ، غايتها إيصال الناس الى سعادتهم في الدنيا والآخرة .

هجر الشريعة الاسلاميه :

وقد كان لاحكام الشريعة الاسلامية السيادة في التطبيق قرونا عديدة فما وجد الناس في هذه القرون حاجة الى تشريع آخر ولا ضيقاً في تطبيقها ، بل كان في ذلك التطبيق تحقيق العدل بين الناس ورعاية مصالحهم المشروعة . ثم أصاب تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية انكماش شيئاً فشيئاً ، وهجرها المسلمون هجراً غير جميل وأخذوا يستعيضون عنها بالتشريعات الوضعية الغربية « وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً » [1] . وساعد على هذا الهجر أسباب كثيرة ليس هنا محل تفصيلها ، وفاتهم أنهم يستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير ، وأن

---

(١) سورة الكهف ، جـ ١٦ ، الآية ١٠٤ .

فعلهم هذا لا يجوز شرعاً لأن الله تبارك وتعالى يقول : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الكافرون » . وهكذا انهزم المسلمون تشريعياً ، باختيارهم ، كما انهزموا عسكرياً في أكثر من بلد من بلاد الاسلام . وهم وإن ردوا هزائمهم العسكرية وطهروا أكثر بلادهم من الاختلال الأجنبي العسكري ، إلا أنهم لم يفكروا في هزيمتهم في مجال التشريع ؛ بل لا يزالون يعتقدون أن تولية وجوههم شطر القوانين الغربية ، وهجر شريعتهم الاسلامية ، هو الحق عين الحق ، وهذه هي المصيبة الكبرى .

امل ورجاء :

ولكن ، مع هذا كله فنحن لا نيأس ولا تقنط من رجعة المسلمين الى أحكام شريعتهم ونبذ ما يخالفها ، لأن الحق لابد أن يعلو ، وان المسلمين لابد ان يستيقظوا ويدركوا مدى تفريطهم في جنب شريعتهم . ومما يشجعنا على هذا الأمل ، ما نراه من إنتاج وافر في الفقه الاسلامي يقدمه علماء المسلمين ورجال الفكر والقانون في الجمهورية العربية المتحدة وغيرها من بلاد الاسلام ، مما سيكون له — إن شاء الله تعالى — الأثر الكبير في تكوين رأي عام اسلامي يدعو الى الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية وتشريع القوانين على أساسها .

وأهل العلم ، اليوم ، مدعون الى مضاعفة الجهد في التأليف والإنتاج في مجالات الشريعة ، ومدعون الى المناداة بضرورة تطبيق الشريعة وجعلها أساساً لكل تقنين ، اذ بهذا يؤدون واجباً نحو الاسلام ويقدمون خدمة جليلة للمسلمين وللناس جميعاً ، لأن أحكام الشريعة الاسلامية — فضلاً عن أنها واجبة التطبيق في دار الاسلام شرعاً — فانها في ذاتها أصلح من غيرها وأوفى بحاجات الناس من سواها ، لأنها قامت على أساس وحي الله ، والله أعلم بما يصلح لعباده « ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير » [1] .

---

(١) سورة تبارك ، جـ ٢٩ الآية ١٤ .

نتائج ابحاث الرسالة :

والآن وقد انتهيت من أبحاث الرسالة ـ بعد إفراغ الوسع وبذل الطاقة ـ أستطيع أن اسجل النتائج التالية التي توصلت اليها أو ظهرت لي في أثناء البحث :

١ ـ ان الشريعة الاسلامية منذ نشأتها اتخذت العقيدة الاسلامية أساساً لبناء المجتمع واقامة الدولة وتقسيم الناس .. ورفضت بشدة ووضوح أي أساس آخر تقوم عليه كالجنس واللون .. وعلى هذا الأساس الفكري الذي جاءت به صار الناس في نظرها صنفين : مسلمين وغير مسلمين . وصارت الديار : دار اسلام ودار غير اسلام .

ومسلك الشريعة هذا هو المسلك السديد القويم الذي يسع الناس جميعاً ولا يضيق بأحد ، فكل انسان يستطيع بمحض ارادته واختياره أن يكون في هذا الصنف أو ذاك . أما الجنس أو اللون فلا يصلح واحد منهما أن يكون أساساً معقولاً لتقسيم البشر وبناء المجتمع ، فضلا عن كلا منهما بطبيعته ضيق لا يسع الخلق جميعاً ، فليس بمقدور أحد أن يكون من الجنس الذي يهواه بعد أن وجد نفسه منسوباً الى جنس آخر سواه ...

٢ ـ ودار الاسلام ، أو دولة الاسلام ، وهي البـلاد التي يحكمها المسلمون وتسود فيها أحكام الاسلام ، وإن قامت على أساس الاسلام ، إلا أنها ما ضاقت بغير المسلمين بل وسعتهم وفتحت أبوابها لهم فكان منهم الذميون والمستأمنون ..

٣ ـ أما الذميون فهم غير المسلمين الذين ارتبطوا مع الدولة الاسلامية بعقد الذمة الذي يتولى إبرامه الامام أو نائبه .

وقد رجحت أن الذمة يجوز عقدها لجميع أصناف غير المسلمين

اذا ما رغبوا في ذلك صراحة أو دلالة ، ولا يجوز رد طلبهم إلا لمانع • وهذا في الحقيقة يدل على مدى تسامح الدولة الاسلامية مع غير المسلمين واتساعها لهم •

فإذا ما أبرم عقد الذمة صار غير المسلم مواطناً في الدولة الاسلامية ، وحمل جنسيتها ، ولهذا يقول الفقهاء عن الذميين « انهم من أهل دار الاسلام » • فعقد الذمة هو أساس اكتساب الذمي جنسية دار الاسلام • والدخول في الذمة اصالة أو تبعاً — على النحو الذي بينته في موضعه — يشبه كسب الجنسيةِ في الوقت الحاضر بطريق التجنس أو بالتبعية أو بحكم القانون •• وعلى هدا فإن ما تضعه الدول الاسلامية في الوقت الحاضر من شروط لكسب جنسيتها ، يعتبر — بقدر ما يتعلق الأمر بالأجنبي غير المسلم — لا يخالف ، في نظري ، الشرع الاسلامي ، لأن عقد الذمة — وهو بمثابة التجنس — يقوم على الرضا صراحة أو افتراضاً ، وللدولة الحق في أن ترسم الكيفية التي ينكشف فيها هذا الرضا ، ولا تكون ملزمة بجميع ما ذكره الفقهاء من قرائن ودلائل على الرضا ، كشراء المستأمن أرضاً خراجية أو بقائه أكثر من سنة في دار الاسلام •

وعقد الذمة قد ينتقض ويزول ، فليس في الدنيا شيء خالد ••• وأسباب انتقاضه محل اختلاف بين الفقهاء ، فأكثرهم قد توسعوا فيها ، حتى أن بعضهم اعتبر من أسباب النقض أن يقذف الذمي مسلماً أو يرتكب بعض الجرائم • وقد رجحت قول الأحناف في حصر أسباب النقض بثلاثة أشياء : اسلام الذمي ، أو لحاقه بدار الحرب ، أو ارتكابه جريمة البغي ضد الدولة الاسلامية • وما عدا هذه الأسباب فيعتبر من الجرائم التي يعاقب عليها ولا علاقة لها بنقض الذمة •

وقد لاحظت أن الفقهاء المسلمين صرحوا بأن نقض الذمة يقتصر على من قام فيه سبب النقض دون من يتبعه فيها من زوجة أو ولد صغير ، وهذا يدل على مدى تمسك الدولة الاسلامية بالعدل وبالمبدأ الاسلامي العظيم « ألا تزر وازرة وزر أخرى » •

ونقض الذمة يترتب عليـــه بداهة انقطاع صلة الذمي بالدولة الاسلامية وفقده الجنسية الاسلامية ، وهذا يشبه فقد الجنسية في الدول الحديثة ومنها الاسلامية ، فكل الدول الحديثة تنص قوانينها على فقد الجنسية في حالات معينة •

٤ ــ أما المستأمنون فهم الأجانب عن دار الاسلام ، وإن كانوا فيها، فليسوا هم بمسلمين ولا ذميين ، وإنما يدخلون دار الاسلام بأمان يعطوه من الدولة الاسلامية أو من آحاد المسلمين • ومنح الأمان يجوز قصره على الامام ــ الحكومة ــ بأن ينهى المواطنين عن التأمين ويكون نهيه ملزماً لا تجوز مخالفته واذا خالفه أحد كان تأمينه باطلاً ، وهذا ما رجحته ، وهو ما ينبغي أن يكون عليه الحكم الفقهي في الوقت الحاضر ، لأن تنظيم الدول الحديثة يتطلب قصر التأمين على ولي الأمر دون احاد المواطنين • فضلاً عن أن الأمان للأجنبي أمر يتعلق بصميم شؤون الدولة ومصالحها العامة ، فما ينبغي لأحد أن يستبد دون ولي الأمر بهذا الأمر الخطير • ويزكي قولنا هذا ان العمل في الوقت الحاضر ، على هذا القول، في جميع الدول الاسلامية بلا استثناء ، فالدولة هي وحدها وعن طريق سلطاتها المختصة تمنح الأمان ــ سمة الدخول ــ للأجانب اذا أرادوا الدخول الى اقليمها •

والأمان للأجنبي قد يفترض اعطاؤه من قبـــل الدولة الاسلامية لجريان العرف به كما في أمان الرسول والتاجر • والدول الحاضرة تجري عليه فيما يخص الرسول في أوقات الحروب •

وينتقض الأمان بخروج المستأمن من دار الاسلام ، أو إذا رأى الأمام نقضه دفعاً لمفسدة بقائه ، وهذا ما تجري عليه الدول في الوقت الحاضر ، فلها أن تبعد الأجنبي عن أراضيها اذا وجدت ما يدعو الى هذا الاجراء .

٥ — والذمي في الحقوق والواجبات ، كالمسلم ، كقاعدة عامة ، فلا يختلف معه إلا فيما يبتنى على العقيدة . ونطاق هذا الاختلاف ضيق جداً ، ولا ينبغي أن يثير أي استغراب ، فالدول الحديثة قد تفرق بين رعاياها في بعض الحقوق لأسباب تراها صالحة لهذا التفريق كما بينته في موضعه . فالدولة الاسلامية إذن لم تخرج عن هذا النهج سوى أنها أقامت هذه التفرقة على أساس العقيدة في الأمور المبنية عليها ، نظراً لالتزامها بمقتضيات العقيدة لأنها دولة اسلامية .

٦ — والمستأمن ، في الحقوق والواجبات كالذمي ، كقاعدة عامة . ومصدر تمتعه بهذه الحقوق هو القانون الداخلي للدولة الاسلامية أي الشريعة الاسلامية نفسها . وهذا خلاف الرأي السائد بين الدول في الوقت الحاضر ، ومؤداه ان تمتع الأجنبي بالحقوق ، حق مقرر لـه مصدره القانون الدولي العام ، فيتعين على كل دولة أن تعترف للأجنبي بالحقوق في اقليمها بقدر معقول عادل .

وقد لاحظت أن جعل الشريعة الاسلامية هي مصدر تمتع المستأمن بالحقوق ، هو أقوى ضمانة للمستأمن نفسه ولحقوقه ، لأن الشريعة الاسلامية قررت للمستأمن حقوقاً كثيرة وأوجبت حماية نفسه وماله كما بينته في موضعه . وهذه الحقوق تبقى واجبة الوفاء ولا يجوز للدولة الاسلامية أن تحيد عنها ولو لم تراعها دولة هذا الأجنبي ، بل ولو حمل هذا الوفاء الدولة الاسلامية العنت والأذى ، ولهذا نص الفقهاء على حكم رائع جداً فقالوا لا يجوز للدولة الاسلامية تسليم

المستأمن الى دولته بدون رضاه ولو على سبيل مفادة أسير مسلم به ، رعاية لحقه في الحماية من قبل الدولة الاسلامية ، بل قالوا لا يجوز للدولة الاسلامية تسليمه ولو هددتها دولته بإعلان الحرب عليها اذا أبت تسليمه [١] .

٧ — وفي الحقوق السياسية ، يتمتع الذمي بما يسمى بحق التوظف ولا يختلف مع المسلم في هذا الحق إلا بمقدار ضئيل ، وهذا يدل على مدى تسامح الدولة الاسلامية مع الذميين ، فهي وان كانت دولة عقيدة وفكرة إلا أنها فسحت المجال للذميين للمساهمة في ادارة شؤون الدولة، وهذا أقصى ما يتصوره انسان منصف من تسامح كريم يمكن أن تقوم به دولة فكرية نحو المخالفين لها في العقيدة والفكرة ، ولا نجد له نظيراً في الماضي والحاضر ، فالدول الشيوعية مثلا لا تتصور انها تعهد بوظائفها العامة الى غير الشيوعيين .

وهذا الإتجاه من الدولة الاسلامية كان واضحاً الى درجة أن بعض المؤرخين الغربيين قال : « من الأمور التي نعجب لها كثرة عدد العمال والمتصرفين غير المسلمين في الدولة الاسلامية » [٢] .

وبالنسبة لحق الانتخاب والترشيح ، رجحت أن الذمي في الوقت الحاضر له ان يساهم في انتخاب رئيس الجمهورية في الدول الاسلامية التي تأخذ بهذا النظام ، لأن رئاسة الجمهورية ليست هي الخلافة التي يتحدث عنها الفقهاء ويشترطون الاسلام فيمن تسند اليه أو فيمن يشترك في انتخابه .

وكذلك رجحت جواز مساهمة الذمي في انتخاب أعضاء مجلس الأمة وفي ترشيح نفسه لعضوية هذا المجلس ، لأن العضوية فيه تتضمن

---

(١) فقرة ١٠٦ ص ١١٨ من هذه الرسالة .
(٢) فقرة ٦٥ ص ٨١ — ٨٢ من هذه الرسالة .

ابداء الرأي وتقديم الاقتراحات والمشورة وما الى ذلك من الأمور الدنيوية ، والذمي غير ممنوع منها .

٨ — واما بالنسبة للمستأمن ، فالأصل عدم تمتعه بالحقوق السياسية لأنه أجنبي عن دار الاسلام ، وإن كان الفقهاء لم ينصوا صراحة على منعه من اشغال وظائف الدولة .

٩ — وفي مجال الحقوق العامة ، يتمتع الذمي بأنواع هذه الحقوق، إلا انه ليس له السكن بأرض الحجاز — وهي مكة والمدينة وما جاورهما كالطائف — وهذا ما ذهب اليه جميع الفقهاء ، والحكمة في هذا المنع — على ما أرى — هو وجود أماكن العبادة فيها التي يقصدها المسلمون ، فنزّلوا الحجاز كله منزلة المساجد فمنعوا غير المسلم من استيطانه . ومهما يكن السبب ، فليس السكن بالحجاز بالشيء الضروري للذمي ، والدول الحديثة قد تمنع جميع رعاياها من السكن أو الاقامة في بعض الأماكن لأغراض عسكرية أو غيرها .

ويتمتع الذمي بحرية العقيدة طبقاً للمبدأ الشرعي العظيم « لا إكراه في الدين » وقد طبقت الدولة الاسلامية هذا المبدأ تطبيقاً دقيقاً ، وأخذ به الفقهاء ، حتى ان الشافعي يقول — في مسألة اسلام أحد الزوجين — لا يعرض الاسلام على الزوج الآخر « لأن فيه تعرضاً لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ألا تتعرض لهم » . فيرد الحنفية بقولهم : يعرض الاسلام عليه لمصلحة من غير إكراه [1] . فالشافعي لا يقول بعرض الاسلام — مجرد العرض — على غير المسلم، مخافة أن يكون في هذا العرض تعرض للذمي في أمر العقيدة ، فيسارع الأحناف ويقولون انهم يعرضون عليه الاسلام بلا إكراه . وهذا يدل دلالة واضحة على مدى استمساك الدولة

---

(١) الزيلعي جـ ٢ ص ١٧٤ .

الاسلامية وفقهاء المسلمين بحرية العقيدة وعدم إكراه غير المسلمين على تغيير عقيدتهم .

ومن الحقوق العامة للذمي ، تمتعه بكفالة بيت المال عند الحاجة والعوز ، وهذا ما دلت عليه سيرة عمر بن الخطاب — وهو رئيس الدولة الاسلامية — وسيرة عمر بن عبدالعزيز الخليفة العادل الفقيه — وعمل قادة الجيوش الاسلاميـة في زمن الصحابة وما سجلوه في عهودهم للذميين . وهذا في الحقيقة من أروع صور الضمان الاجتماعي الذي حققته الدولة الاسلامية حتى بالنسبة لغير المسلمين .

وفي بحث جواز اعطاء الذمي من الزكاة عند عدم وجود ما يكفي له في بيت المال ، وجدت الجمهور الأعظم من الفقهاء يمنعون منه ، وظفرت بقول للامام زفر بالجواز ، وهو قول الخوارج الاباضية عند تعذر اعطائها لمسلم ، وقد رجحت جواز اعطائها للذمي الفقير على سبيل التأليف على الاسلام ، واعطاؤه لهذا المعنى صرح به الزيدية .

١٠ — وبالنسبة للمستأمن ، يتمتع هو الآخر بالحقوق العـامة كالذمي . ورجحت ان له التمتع بكفالة بيت المال لأن عون المحتاج من محاسن الاسلام ، والآثار النبوية تدل عليه (١) . وله أن يقيم في دار الاسلام المدة التي يحددها له الامام ، كما هو الشأن في الدول الحديثة في الوقت الحاضر، ويتمتع خلال اقامته بالحرية الشخصية بأنواعها ، إلا انه يجوز إخراجه اذا رأت الدولة ما يستدعي ذلك ، وهذا ما تجري عليه الدول في الوقت الحاضر .

وحق الأجنبي في الدخول الى دار الاسلام أقوى مما يقرره فقهاء القانون الدولي العـام وهم يتكلمون عن حقوق الأجانب في الدول

---

(١) فقرة ١١٣ ص ١٢٧ — ١٢٨ من هذه الرسالة .

الحديثة . ذلك ان الدولة الاسلامية ملزمة بأن تسمح للأجنبي بالدخول الى دار الاسلام اذا كان قصده التعرف على شرائع الاسلام . وفي غير هذه الحالة يستحب السماح له بالدخول الى دار الاسلام حتى يطلع على نظام الاسلام ويخالط المسلمين وقد يدعوه ذلك الى الاسلام .

١١ — وفي مجال الحقوق الخاصة يتمتع الذمي بالحقوق العائلية والمالية ومباشرة سائر التصرفات مع المسلمين أو مع غير المسلمين ، فقد نص الفقهاء على ان « معاملة أهل الذمة جائزة وان كانوا يستحلون بيع الخمر والخنازير ويعملون بالربا » [١] . وحق الملكية لهم حق مضمون لا يجوز المساس به ، ولهذا نص الفقهاء على ان « حكم أموالهم حكم أموال المسلمين في حرمتها » [٢] .

١٢ — والمستأمن كالذمي في الحقوق الخاصة فله أن يباشر المعاملات المالية مع المسلمين وغيرهم ، فليس ممنوعاً على المسلمين التعامل مع المستأمنين بل هو أمر جائز [٣] . ولهم تملك المنقول والعقار بل وتملك عقار الغير — حتى لو كان مسلماً — بحق الشفعة [٤] . وهذا يدل على أن تمتع المستأمن بالحقوق الخاصة في دار الاسلام أوسع مدى مما يتمتع به الأجنبي في الدول الحديثة ، اذ غالباً ما تضع هذه الدول قيوداً على تملك العقارات من قبل الأجانب .

إلا أن الأجنبي ممنوع من الخروج بالمواد التي فيها تقوية لدول دار الحرب إلا اذا كان قد دخل بها فيسمح له بالخروج بها . والدول الحديثة تمنع تصدير ما ترى المصلحة في عدم تصديره .

---

(١) فقرة ١١٦ ص ١٣٠ — ١٣١ من هذه الرسالة .
(٢) فقرة ١١٦ ص ١٣١ من هذه الرسالة .
(٣) فقرة ١١٧ ص ١٣١ من هذه الرسالة .
(٤) فقرة ١١٧ ص ١٣٢ من هذه الرسالة .

١٣ ــ وفي بحث الجزية ، وهي واجب مالي على الذمي نحو الدولة، خرجت بثلاث نتائج مهمة :

أ ــ رجحت أنها وجبت بدلاً عن حماية الدولة الاسلامية للذمي نظراً الى اعفائه من واجب الدفاع عن دار الاسلام رعاية له وعناية به . ولهذا تسقط عنه اذا لم تستطع الدولة حمايته .

ب ــ انها لم تفرض عليه عقوبة على بقائه على الكفر كما صرح كثير من الفقهاء ، لأن هذا الادعاء لا يتفق وقوله تعالى « لا إكراه في الدين » ولأنها لو فرضت عقوبة على بقاء الذمي على دينه لما نجا منها أحد من أهل الذمة ولفرضت حتى على المرأة وهم لا يقولون بالجزية عليها .

جـ ــ انهـــا تسقط اذا قام الذمي بالدفاع عن دار الاسلام أو استعدله ، وهذا ما استخلصته من السوابق التاريخية في صدر الاسلام .

١٤ ــ وفي بحث الخراج ، وهو في الأصل واجب مالي يؤديه الذمي الى الدولة الاسلامية عن أرضه الخراجية ، خرجت بجملة نتائج مهمة ، منهـــا :

أ ــ ان القواعد الأساسية في الضريبة التي قال بها علماء المالية في العصر الحديث ، وهي العدالة ، والوضوح ، والملائمة ، والاقتصاد ، متحققة في ضريبة الخراج .

فقاعدة العدالة تظهر في أن مقدار الخراج يتعين بما يناسب طاقة الأرض ، ويثبت بالتمكن من الانتفاع بالأرض ويسقط عند تعذر الانتفاع بالارض ويسقط عند تعذر الانتفاع واستحالته أو بهلاك الزرع ، وينقص اذا كانت الغلة لا تكفي الا للخراج .

وتظهر قاعدة الوضوح في تحديد مقدار الخراج تحديداً بيناً واضحاً لا غموض فيه فلا يلتبس الأمر على المكلف ، ويعرف ما يجب عليه .

وتظهر قاعدة الملائمة في أن جباية الخراج تكون وقت حصاد

الزرع وجنيه •

وتظهر قاعدة الاقتصاد في إنكار الفقهاء اسلوب بيع الخراج لقاء مبلغ يدفعه المشتري على أن يقوم هو بجباية الخراج •

ب — ان مقدار هذه الضريبة ليس حكماً شرعياً لا تجوز مخالفته بل هو متروك لولي الأمر حسب اجتهاده على ان يلاحظ في تقديره الخراج العدل وطاقة الأرض وعدم ارهاق المكلف •

١٥ — وفي بحث العشور — وهي الضرائب التجارية — خرجت بجملة نتائج منها :

أ — ان هذه الضريبة لم تستعمل فقط للغرض المالي ، وإنما استعملت لأغراض أخرى كالتوجيه الاقتصادي ، وهذا ما لاحظته في سياسة عمر بن الخطاب حيث أنقص هذه الضريبة الى النصف بالنسبة للمستأمنين الذين يجلبون الطعام الى المدينة تشجيعاً لهم على جلبه • وهذا ما تأخذ به الدول في الوقت الحاضر حيث تخفض سعر الضريبة على الأموال التي تريد الدولة زيادة استيرادها •

ب — ان الدولة الاسلامية أخذت بقاعدة المعاملة بالمثل في فرضها الضرائب التجارية على المستأمنين وهذا ما تأخذ به الدول الحديثة في الضرائب الكمركية •

جـ — ان للدولة الاسلامية في الوقت الحاضر ان تنظم هذه الضريبة وجبايتها بالكيفية التي تراها ملائمة لهذا العصر ولا تتقيد بالتنظيم الذي ذكره الفقهاء •

د — وقد جرني الكلام عن « العشور » الى الكلام عن مدى حق الدولة الاسلامية في فرض الضرائب على المواطنين من مسلمين أو ذميين ، تأميناً لسد حاجاتها من المال • وقد رجحت جواز هذا الأمر ، فللدولة

الاسلامية أن تفرض الضرائب على المواطنين بالقدر الذي تحتاجه ، لأن الاسلام يأمر بإقامة دولة اسلامية ، والمال ضروري لكل دولة ، فإذا لم تف الموارد ، التي نص عليها الفقهاء ، لتسيير أمور الدولة وشؤونها ومصالحها ، كان لها أن تفرض الضرائب المناسبة على المواطنين ، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . كما ان جواز فرض الضرائب عند الحاجة يجد له سنداً من قاعدة المصالح المرسلة ، وقيام المجتمع في الدولة الاسلامية على أساس التعاون بين المواطنين الى غير ذلك من المبررات التي ذكرتها .

١٦ — والقاعدة في الأحكام الجنائية سريانها على جميع الجرائم في دار الاسلام سواء كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً . لأن الجرائم فساد في الأرض ، والشريعة تكره الفساد وتمنعه فكان لابد من العقاب دفعاً لهذا الفساد . ولأن الأصل في الشريعة العموم في حق الكافة ، وللدولة الاسلامية الولاية التامة على اقليمها مما يجعل تنفيذ أحكام الشريعة ممكناً . ولأن الذمي التزم بالذمة أحكام الاسلام ، وكذا المستأمن باعطائه الأمان التزم هذه الأحكام ما دام في دار الاسلام .

وقد يمتد القانون الجنائي الاسلامي الى الخارج فيحكم جرائم المسلمين والذميين ، لأن المسلم باسلامه التزم أحكام الاسلام أينما كان ، وكذا الذمي بعقد الذمة التزم أحكام الاسلام أينما كان ، ولا تنفك عنهم ولاية الدولة الاسلامية ما دام السبب — من اسلام أو ذمة — قائماً .

١٧ — وفي جرائم الذميين والمستأمنين ضد أمن الدولة وسلامتها ، كقطع الطريق ، والبغي والتجسس ، رجحت القول بعدم انتقاض عهدهم بها . ولكن ، أرى ، بالنسبة للمستأمن أن يعاقب أولا ثم يخرج من دار الاسلام ولا يسمح له بالعودة مرة أخرى .

١٨ ــ وفي بحث جرائم الاعتداء على النفس خرجت بنتائج منها :

أ ــ يقتص من الذمي للمستأمن خلافاً لأبي حنيفة ومحمد ، لأن المستأمن معصوم الدم وقت قتله وهذا يكفي لوجوب القصاص على الذمي .

ب ــ يقتل الرجل الذمي بالمرأة الذمية ولا يدفع اولياؤها الى أولياء القاتل شيئاً خلافاً للشيعة الامامية وبعض الزيدية . وحجتنا قول الله تعالى « النفس بالنفس » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهودياً بجارية ، ولأن العلماء أجمعوا على عدم جمع الدية مع القصاص ، ولأن المرأة نفس محترمة معصومة الدم كالرجل فيقتل بها ولا يدفع الى أوليائه شيء .

جـ ــ رجحت قتل المسلم بالمستأمن ، وهذا قول أبي يوسف دون غيره من الفقهاء . والدليل على هذا الترجيح من وجوه كثيرة منها : قصر مفهوم الحديث الشريف « لا يقتل مسلم بكافر » على عصر النبي صلى الله عليه وسلم لأن المستأمنين ما كانوا يتميزون عن الحربيين ، ولأن مقتضى الأمان حماية المستأمن وهذه الحماية تقتضي الاقتصاص من قاتله ولو كان مسلماً ، ولأن مقتضيات السياسة الشرعية في الوقت الحاضر تقتضي الاقتصاص من المسلم للمستأمن ، وأخيراً فإن باب التعزير يتسع لما رجحته .

هـ ــ ورجحت مساواة دية غير المسلم لدية المسلم بدلالة القرآن ، وبآثار رويت بهذا المعنى وإن كان في بعضها ضعف .

١٩ ــ وفي جرائم الزنى والسرقة ، رجحت القول بإقامة الحد على المستأمن اذا زنى أو سرق ، خلافاً لمن قال بعدم اقامة العقوبة عليه بحجة ان هذه العقوبة من حق الله ، والمستأمن ما التزم حقوق الله ، لأن هذه الحجة ضعيفة ، لأن حق هو حق المجتمع ، ومن رعاية هذا الحق معاقبة

الجناة ولو كانوا مستأمنين تطهيراً للجتمع من الفساد •
ولأن أحكام العقوبات اقليمية التطبيق تسري على جميع من في دار الاسلام ، ولأن المستأمن التزم أو الزم بهذه الأحكام وأمكن التنفيذ لعموم الولاية فيجب التنفيذ •

٢٠ — وفي الأحوال الشخصية تبين لي أن أكثر أحكامها عند المسيحيين والاسرائيليين شبيه بما هو مقرر في الفقه الاسلامي أو قريب منه • والخلاف ، في الحقيقة ، إنما هو في الطلاق وفي بعض مسائل الزواج بالنسبة للمسيحيين •

ففي الطلاق لا يجوز إيقاعه بمحض ارادة الزوج ومشيئته عند جميع المذاهب المسيحية — وإنما يقع التطليق بحكم من المحكمة عند وجود أسبابه ، ما عدا الكاثوليك فلا يقع عندهم طلاق ولا تطليق • والاسرائيليون يجوزون وقوع الطلاق بمحض ارادة الزوج •

وفي الزواج مسائل تتفق أحكامها مع الفقه الاسلامي ، ومسائل تختلف احكامها معه • فمن الأولى بعض ما يشترط لانعقاد الزواج وصحته عند المسيحيين والاسرائيليين كشرط الرضا وحضور الشهود وعدم حرمة المحل لعدة أو قرابة محرمية • ومن المسائل عند المسيحيين المختلفة أحكامها مع الفقه الاسلامي مسألة تعدد الزوجات ، فهي جائزة في الشريعة الاسلامية وغير جائزة عند المسيحيين بخلاف الاسرائيليين اذ يجوزون التعدد كما ذكرنا في موضعه •

ومع هذا فاني أرى من المستطاع توحيد الأحكام بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية ، وأرى ضرورة هذا التوحيد بعد ان توحدت جهات القضاء في الجمهورية العربية المتحدة • ولكن يجب أن يكون هذا التوحيد على أساس الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها دون تقيد بالمذهب الحنفي • وأرى ان هذا التوحيد « فيما عدا

الطلاق وبعض مسائل الزواج » سوف لا يمس عقائد غير المسلمين بشيء ولا يتعارض مع ما قرروه من أحكام .

وفي الطلاق وبعض مسائل الزواج يمكن أن نجد في الفقه الاسلامي آراء توافق ما عند المسيحيين . من ذلك ما ذهب اليه الظاهرية والمالكية من عدم وقوع طلاق غير المسلم ، فلا بأس من تقنين هذا الرأي الفقهي عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين وجعله مقصوراً على المسيحيين دون غيرهم .

وعند الزيدية لا يجوز النكاح مع اختلاف الدين ، فإذا قنن هذا الرأي كان تقنيناً مستساغاً لأنه رأي اجتهادي يسوغ الأخذ به ، ويكون موافقاً لما عند المسيحيين والاسرائيليين .

أما المسائل التي يختلف حكمها عند غير المسلمين مع المقرر في الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه ، فاني لا أرى مخالفة الفقه الاسلامي ، وإنما تنظر الى هذه المسائل فإن كانت من المختلف فيها بين المذاهب المسيحية ، وهي مقتبسة من القوانين الوضعية ، كالتبني وحرمة النكاح بسبب القرابة المتأتية منه [1] ، فاني أرى عدم الأخذ بهذه المسائل اتباعاً للشريعة الاسلامية . أما اذا كانت هذه المسائل ، المختلف فيها مع الشريعة الاسلامية ، تعتبر عند الذميين من مسائل العقيدة ، كحرمة تعدد الزوجات بالنسبة للمسيحيين ، فاني أرى من الممكن إيجاد حل مناسب لها عند توحيد الأحكام ، كأن ينص على أن الشرط لصحة تعدد الزوجات إباحته في ديانة الزوجين .

---

(١) التبني من انظمة القانون الروماني ، وتختلف الكنائس في اعتبار القرابة الناشئة منه كمانع من موانع الزواج ، فالكنيسة القبطية الارذوكسية تجعل هذه القرابة القانونية مانعا من موانع الزوج . وكنيسة الروم الارذوكسية ، وكذا كنيسة الارمن الارذوكسية ، قصرتا مانع التبني على الزواج بين المتبني والمتبنى . والكنيسة الانجيلية لم تنص على التبني كمانع من موانع الزواج . وعند الكاثوليك لا يعتبر التبني مانعاً من الزواج الا اذا كان القانون الوضعي يجعله مانعاً : نمر وحبشي ص ٢٠٧ — ٢٠٨ .

٢١ — والقاعدة العامة في المعاملات المالية ، هي ان غير المسلمين كالمسلمين في أحكام هذه المعاملات • ولا يرد على هــذه القاعدة إلا استثناءات قليلة جداً ليست هي محل اتفاق بين الفقهاء ، والراجح قول من لم يستثن من هذه القاعدة شيئاً عدا مسألة جواز تعاملهم بالخمر والخنزير رعاية لما يدينون به •

٢٢ — وفي بحث مدى خضوع الذميين والمستأمنين لولاية القضاء العامة في دار الاسلام ترجح عندنا خضوعهم لها دون شرط رضا الخصمين بالترافع بل يكفي رفع المدعي دعواه الى القاضي • وهذا هو المتفق وسيادة الدولة وعموم ولايتها وطبيعة القضاء والنظر في الخصومات ، وهو ما يدل عليه القرآن الكريم وأمره بلزوم الحكم بين غير المسلمين • اما رجوع الذميين الى رؤسائهم الذميين في خصوماتهم ، فهذا في رأيي ، يحمل على سبيل التحكيم لا القضاء الملزم ، ويحمل عليه أيضاً ما ورد عن الحنفية من جواز تقليد الذمي القضاء على الذميين ، فليس في دار الاسلام تعدد في جهات القضاء بل هي واحدة بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين ، ووطنيين وأجانب ، فالدولة الاسلامية أخذت منذ نشوئها بمبدأ اقليمية القضاء ووحدته ، وهذا المبدأ في الحقيقة من مظاهر سيادة الدولة وعموم ولايتها •

٢٣ — والأحكام المقررة لغير المسلمين في جميع مسائلهم ، هي أحكام الشريعة الاسلامية ، فهي القانون الواجب التطبيق في قضايا الذميين والمستأمنين ، وهذا ما صرح به جميع الفقهاء بلا استثناء وهو الصواب • وعموم الشريعة في التطبيق في دار الاسلام يقوم على اعتبارات كثيرة ، منها : عموم الشريعة في حق الناس كافة ، وامكان تنفيذها في دار الاسلام لعموم الولاية ، ولأن عقد الذمة يقتضي التزام الذمي بأحكام

الاسلام ، وكـذا الامان بالنسبة للمستأمن يقتضي التزامه بأحكام الاسلام . وأيضاً فإن الاسلام دين وقانون ودولة وسيادة ، والدين ممثل في العقيدة والعبادة ، لا يسري إلا على المؤمنين بالاسـلام . والقانون ممثل بأحكام المعاملات بمعناها الواسع يسري على جميع سكان دار الاسلام لما للدولة من سيادة وولاية .

والشريعة الاسلامية وإن كانت هي القانون الواجب التطبيق في قضايا غير المسلمين ، إلا انها راعت عقيدة غير المسلمين في المسائل المتعلقة بها الى المدى الذي رأته واجب الرعاية ، كما في إقرار غير المسلمين على أنكحتهم دون تعرض لهم ، واقرارهم عليها بعد الترافع وان لم يتوافر فيها شروط الصحة كما لو جرت بدون شهود . وأحكام هذه المسائل التي روعي فيها جانب العقيدة تعتبر من أحكام الشريعة الاسلامية نفسها وتطبق على هذا الأساس .

وبوحدة القانون الاسلامي ووحدة القضاء في دار الاسلام يتحقق للشريعة الاسلامية مقومات القانون الاقليمي ، وتتحقق للدولة الاسلامية السيادة التامة على اقليمها وعلى من في هذا الاقليم .

اعتـــــذار :

والآن وقد انتهيت من سرد نتائج أبحاث الرسالة ، فاني لا أعتبر الجهد العظيم الذي بذلته ، والتعب المتواصل الذي تحملته — مدة أربع سنوات قضيتها في إعداد هذه الرسالة — إلا شيئاً قليلاً في حق الشريعة الاسلامية . واني ، بعد ذلك كله ، اعتذر الى القارىء الكريم عما قد يكون في الرسالة من نقص أو خطأ بما روى الامام المزني عن الامام الشافعي ، وبما قال العماد الأصفهاني :

قال الامام المزني : « قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين

مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ ، فقال الشافعي : هيه ، أبى الله أن يكون كتاب صحيحاً غير كتابه » [١] .

وقال العماد الأصفهاني : « إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده : لو غيّر هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدّم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهـذا من أعظم العبر ، وهو دليـل على إستيلاء النقص على جملة البشر » [٢] .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

والحمد لله رب العالمين .

---

(١) مجلة « المسلمون » المجلد السابع ، عدد شوال سنة ١٣٨١ هـ ص ١٠٧ .

(٢) الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨ .

مراجع الرسالة

اولا ـ كتب التفسير

١ ـ أحكام القرآن ـ للامام أبي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة ٢١٤ هـ ـ الطبعة الأولى بالقاهرة سنة ١٣٧١ هـ ـ ١٩٥٢م . وقد جمعه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي النيسابوري صاحب السنن الكبرى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ .

٢ ـ تفسير الطبري ـ جامع البيان عن تأويل آي القرآن ـ للامام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠ هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٣٧٣ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بالقاهرة .

٣ ـ أحكام القرآن ـ للامام أبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، مطبعة الأوقاف الاسلامية في دار الخلافة العلية بالإستانة سنة ١٣٣٥ هـ .

٤ ـ أحكام القرآن ـ للقاضي أبي بكر محمد بن عبدالله بن محمد المعروف بابن العربي الأندلسي المالكي ، المتوفى سنة ٥٤٢ هـ ، مطبعة السعادة بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣١ هـ .

٥ ـ تفسير القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن ـ لأبي عبدالله محمد ابن أحمد الانصاري القرطبي المتوفى سنة ٧٦١ هـ ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ، الجزء الخامس طبع سنة ١٣٥٢ هـ ، والجزء السادس سنة ١٣٥٧ هـ ، والثامن سنة ١٣٥٨ هـ .

٦ ـ التفسير الكبير ـ للامام الفخر الرازي، الجزءان : الحادي عشر والثاني عشر ، المطبعة البهية المصرية بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ ـ ١٩٣٨ .

٧ — تفسير ابن كثير — للامام اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة ١٣٥٦ هـ — ١٩٣٧ م •

٨ — الناسخ والمنسوخ — للامام أبي جعفر محمد بن أحمد بن اسماعيل الصفار المرادي المصري المعروف بأبي جعفر النحاس ، المتوفى سنة ٣٣٨ هـ ، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ •

٩ — روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني — لأبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الآلوسي البغدادي ، المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ ، طبع ادارة الطباعة المنيرية بمصر •

١٠ — مجمع البيان في تفسير القرآن — للشيخ أبي علي الفضل ابن الحسن الطبرسي من أكابر علماء الشيعة الامامية في القرن السادس الهجري ، طبع ونشر على نفقة أصحاب دار الفكر ودار الكتاب اللبناني في بيروت سنة ١٩٥٧ م •

١١ — تفسير المنار — للمرحوم محمد رشيد رضا ، مطبعة المنار بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٠ هـ •

١٢ — البيان في تفسير القرآن — للمجتهد السيد أبي القاسم الموسوي الخولي ، الجزء الأول ، المطبعة العلمية في النجف — العراق سنة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٧ م •

ثانيا — كتب الحديث ، وفقهه ، والتعريف برجاله وقواعده :

١٣ — ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري — للعلامة القسطلاني الشافعي المتوفى سنة ٩٢٣ هـ • المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٧ هـ

وطبعة سنة ١٣٢٦ هـ . والامـــام البخاري هو أبو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ .

١٤ — شرح النووي على صحيح مسلم — مطبوع على حاشية ارشاد لشرح صحيح البخاري السالف الذكر . والامام مسلم هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ . أما الامام النووي فهو محي الدين يحيى بن شرف بن مرّي بن حسن النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

١٥ — صحيح الترمذي بشرح الامام ابن العربي المالكي — ويسمى هذا الشرح عند علماء الحديث بعارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي، للقاضي ابن العربي المالكي ، المطبعة المصرية بالأزهر — القاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٠ هـ . والامام الترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩ هـ .

١٦ — سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، المطبعة المصرية بالأزهر بالقاهرة . والنسائي هو أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب المتوفى سنة ٣٠٣ هـ . والسيوطي هو جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ .

١٧ — سنن المصطفى لابن ماجة — المطبة التازية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٩ هـ . وابن ماجة هو الامام محمد بن يزيد أبو عبدالله ابن ماجة القزويني المتوفى سنة ٢٧٣ هـ .

١٨ — مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود للمنذري والخطابي وابن قيم الجوزية ، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٦٨ — ١٣٦٩ هـ . وأبو داود ، صاحب السنن ، هو سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

١٩ ـ بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ـ والمسند والسنن للامام الشافعي ، وقد جمعهما الشيخ أحمد عبدالرحمن البنا ، ورتبهما وطبعهما تحت اسم بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ، مطبعة دار الأنوار بمصر سنة ١٣٦٩ هـ ٠

٢٠ ـ مسند الامام أحمد ـ المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣ هـ ٠ والامام أحمد هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المروزي البغدادي المتوفى سنة ٢٤١ هـ ٠

٢١ ـ الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني ـ للشيخ أحمد عبدالرحمن البنا ، مطبعة الاخوان المسلمين سنة ١٣٥٣ هـ وما بعدها ٠

٢٢ ـ سنن الدرامي ـ مطبعة الاعتدال بدمشق سنة ١٣٣٩ هـ ٠ والدرامي هو أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل المتوفى سنة ٢٥٥ هـ ٠

٢٣ ـ مسند الطيالسي ـ طبع في الهند مرتباً على أسماء الصحابة ٠ وقد رتبه الشيخ أحمد عبدالرحمن البنا حسب أبواب الفقه وسماه منحة المعبود في ترتيب مسند الطيالسي أبي داود ، المطبعة الخيرية سنة ١٣٧٢ هـ ٠

٢٤ ـ الآثار ـ للامام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم ، صاحب أبي حنيفة ، المتوفى سنة ١٨٢ هـ ، مطبعة الاستقامة بمصر سنة ١٣٥٥ هـ ٠

٢٥ ـ سنن الدارقطني ، مطبعة الانصاري في دلهي بالهند سنة ١٣١٠ هـ ٠ والامام الدارقطني هو علي بن عمر بن أحمد الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ٠

٢٦ ـ تيسير الوصول الى جامع الأصول ، للامام عبدالرحمن بن علي المعروف بابن الديبع الشيباني الزبيدي الشافعي المتوفى سنة ٩٤٤ هـ ، وقد اختصر به جامع الأصول لاحاديث الرسول للشيخ محمد بن محمد ابن عبدالكريم بن الأثير الجزري المتوفى سنة ٦٠٦ هـ . الجزء الأول ، المطبعة السلفية بمصر سنة ١٣٤٦ هـ .

٢٧ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية ـ للامام جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ ، مطبعة دار المأمون بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ ـ ١٩٣٨ م .

٢٨ ـ منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ـ للشيخ علاء الدين علي بن حسام الدين الشهير بالمتقي الهندي ، وهو من رجال القرن العاشر ، مطبوع بهامش مسند الامام أحمد طبعة المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣ هـ .

٢٩ ـ الجامع الصغير من حديث البشير النذير ـ للشيخ جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ، مطبعة حجازي بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٢ هـ ، والطبعة الرابعة بمطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٣ هـ .

٣٠ ـ اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان . جمع محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة دار احياء الكتب بالقاهرة ، سنة ١٩٤٩ م .

٣١ ـ شرح معاني الآثار ، للامام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الازدي الطحاوي الحنفي المتوفى سنة ٣٢١ هـ ، المطبعة الاسلامية في كلكتا بالهند سنة ١٣٧٥ هـ .

٣٢ ـ أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم ـ للشيخ عبدالله محمد

ابن فرج المالكي القرطبي المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، مطبعة دار احياء الكتب العربية بالقاهرة سنة ١٣٤٦ هـ •

٣٣ — الخراج للامام يحيى بن آدم القرشي المتوفى سنة ٢٠٣ هـ ، المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٤٧ هـ •

٣٤ — الاموال للامام أبي عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ ، المطبعة العامرية بالقاهرة سنة ١٣٥٣ هـ •

٣٥ — زاد المعاد في هدي خير العباد — للامام ابن قيم الجوزية ، المطبعة المصرية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ •

٣٦ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار — للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني اليمني الصنعاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ، المطبعة العثمانية بمصر سنة ١٣٥٧ هـ •

٣٧ — سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام — للشيخ الامام محمد بن اسماعيل اليمني الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢ هـ ، مطبعة محمد علي صبيح بالأزهر بمصر • وهو شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني •

٣٨ — خلاصة تذهيب الكمال في أسماء الرجال — للامام العلامة صفي الدين أحمد بن عبدالله الخزرجي الانصاري ، ولد سنة ٩٠٠ هـ ، المطبعة الخيرية في القاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ •

٣٩ — طبقات المدلسين ، المسمى تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس للشيخ الامام الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن علي بن حجر العسقلاني المصري الشافعي المتوفى سنة ٨٥٢ ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر •

٤٠ — حسن الأثر في التعريف برجال الأثر — تأليف المرحوم أمين سرور ، مطبعة الشرق الاسلامية ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٥٧ هـ .

٤١ — حسن الأثر فيما فيه ضعف واختلاف من حديث وخبر وأثر — تأليف محمد بن السيد درويش الحوت ، مطبعة الكشاف ببيروت سنة ١٣٥٣ هـ .

٤٢ — الحديث والمحدثون — تأليف الشيخ محمد محمد أبو زهو ، مطبعة مصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٨ هـ .

٤٣ — قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيد جمال الدين القاسمي ، مطبعة ابن زيدون بدمشق سنة ١٣٥٣ هـ .

ثالثا — كتب الفقه

ا — فقه الحنفية

٤٤ — المبسوط — لشمس الأئمة أبي بكر محمد السرخسي ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ . وهو شرح لكتاب الكافي للحاكم الشهيد الذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية في الفقه الحنفي . وقد اختلف في تاريخ وفاة الامام السرخسي ، فعلى ما جاء في الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، توفي في حدود ٤٩٠ هـ .

٤٥ — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع — للامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، المطبعة الجمالية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ — ١٣٢٨ هـ .

٤٦ — الهداية شرح بداية المبتدي — كلاهما تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ، المطبعة الاميرية الكبرى ببولاق بمصر سنة ١٣١٥ — ١٣١٨ هـ .

٤٧ — شرح العناية على الهداية — للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ ، مطبوع على هامش الهداية .

٤٨ — فتح القدير — تأليف الشيخ الامام كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هـ مع تكملته (الجزء السابع والجزء الثامن) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار للولي شمس الدين المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ . وفتح القدير وتكملته شرح على الهداية ، ومطبوع مع الهداية السابق ذكرها .

٤٩ — حاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي ، الشهير بسعدي جلبي أو سعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ ، على العناية شرح الهداية ، ومطبوع على هامش فتح القدير السابق ذكره .

٥٠ — رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار — للامام محمد امين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ، المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤ هـ .

٥١ — الدر المختـــار شرح تنوير الأبصار — تأليف الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ ، مطبوع على هامش رد المحتار السابق ذكره ، وتنوير الأبصار للتمرتاشي .

٥٢ — شرح السير الكبير — للامام شمس الأئمة السرخسي الحنفي ، مطبعة دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد بالهند ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٥ هـ . والسير الكبير للامام محمد بن حسن الشيباني صاحب أبي حنيفة المتوفى سنة ١٨٩ هـ .

٥٣ — الخراج — للامام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم صاحب الامام أبي حنيفة المتوفى سنة ١٨٢ هـ ، المطبعة السلفية بالقاهرة ، الطبعة الثانية سنة ١٣٥٢ هـ .

٥٤ — أحكام الأوقاف — تأليف الامام أبي بكر أحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، مطبعة الأوقاف بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٢ هـ — ١٩٠٤ م .

٥٥ — جامع أحكام الصغار — للشيخ الامام مجد الدين أبي الفتح محمد بن محمود الاستروشني الحنفي المتوفى سنة ٦٣٢ هـ ، وهو مطبوع على هامش جامع الفصولين لابن قاضي سماوة الحنفي ، المطبعة الأزهرية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠ هـ .

٥٦ — اللباب في شرح الكتاب — للشيخ عبدالغني الميداني ، المطبعة المنيرية بالأزهر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤ هـ . وهو شرح على مختصر القدوري .

٥٧ — شرح السيد الشريف على السراجية — والسيد الشريف هو علي بن محمد الجرجاني المتوفى سنة ٨١٤ هـ . والسراجية كتاب في الفرائض تصنيف سراج الملة محمد بن محمد بن عبدالرشيد السجاوندي الحنفي ، طبع على نفقة فرج الله زكي الكردي بمصر .

٥٨ — حاشية الفناري على شرح السراجية — للعلامة محمد شاه ابن علي بن يوسف بن محمد الفناري المتوفى سنة ٩٢٩ هـ ، وهو مطبوع مع شرح السراجية السابق ذكره .

٥٩ — الفتاوى العالمكيرية ، المعروفة بالفتاوى الهندية — تأليف جماعة من علماء الهند الأعلام في القرن الحادي عشر للهجرة ، وكان رئيسهم الشيخ نظام ، وذلك بأمر السلطان أبي المظفر محيي الدين محمد أورنك زيب بهادر عالمكير ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٠ هـ .

٦٠ — الفتاوى الخانية (فتاوى قاضي خان) — للامام فخر الملة

والدين قاضي خان الفرغاني محمود الأوزجندي المتوفى سنة ٥٩٢ هـ ، وهو مطبوع على هامش الفتاوى الهندية .

٦١ — الفتاوى البزازية — وتسمى بالجامع الوجيز — للشيخ الامام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ . وهو مطبوع على هامش الفتاوى الهنـــدية .

٦٢ — الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية — لشيخ الاسلام ومفتي الديار المصرية المرحوم الشيخ محمد العباس المهدي ، الجزء السابع ، المطبعة الأزهرية بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠١ هـ .

٦٣ — تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق — للامام فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٢ ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٥ هـ . وكتاب كنز الدقائق للامام النسفي المتوفى سنة ٧١٠ هـ .

٦٤ — حاشية الامام شهاب الدين أحمد الشلبي على شرح الكنز للزيلعي ، وهو مطبوع على هامش الشرح المذكور .

٦٥ — مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر — للشيخ عبدالرحمن ابن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخ زادة والمعروف بداماد أفندي ، طبع دار الطباعة العامرة بمصر سنة ١٣١٦ هـ . وملتقى الأبحر تأليف الشيخ ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي .

٦٦ — رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق — للامام محمود بن أحمد العيني ، المطبعة المصرية ببولاق سنة ١٢٨٥ هـ .

٦٧ — كشف الحقائق شرح كنز الدقائق — للشيخ عبدالحكيم

الأفغاني ، الجزء الثاني ، مطبعة الموسوعات بمصر سنة ١٣٢٢ .

ب ـ فقه الشافعية

٦٨ ـ الأم للشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ـ برواية الربيع بن سليمان المرادي ، مطبعة بولاق بمصر سنة ١٣٢١ ـ ١٣٢٥ هـ .

٦٩ ـ مختصر المزني ـ والمزني هو الامام ابراهيم بن اسماعيل ابن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤ هـ . وهو مطبوع على هامش كتاب الأم للامام الشافعي ، السالف الذكر .

٧٠ ـ المهذب للشيرازي ـ وهو الامام أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

٧١ ـ الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي ـ وهو الامام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي الشافعي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ ، المطبعة المحمودية التجارية بمصر .

٧٢ ـ الوجيز في فقه الامام الشافعي ـ للامام الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ، مطبعة محمد مصطفى بمصر سنة ١٣١٨ هـ .

٧٣ ـ فتح العزيز شرح الوجيز ، مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٥٧٢٦ فقه شافعي ، وهو شرح للعلامة ابن القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم المشهور بالرافعي ، المتوفى سنة ٦٢٣ هـ . والوجيز للامام الغزالي .

٧٤ ـ الأشباه والنظائر في الفروع ـ تأليف الامام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي المتوفى سنة ٩١١ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بمصر سنة ١٣٥٩ هـ .

٧٥ ــ حاشية البجيرمي على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد ــ تأليف سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي المتوفى سنة ١٢٢١هـ، على شرح منهج الطلاب للنووي . مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٦٩ هـ .

٧٦ ــ شرح منهج الطلاب ــ لشيخ الاسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٦ هـ ، وهو مطبوع على هامش حاشية البجيرمي السالف الذكر . ومنهج الطلاب وشرحه كلاهما للأنصاري .

٧٧ ــ حاشية الشيخ محمد بن عمر البقري الشافعي على شرح متن الرحبية في علم الفرائض للامام سبط الماريني ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٤٢ هـ .

٧٨ ــ فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب ــ تأليف الامام الشيخ عبدالله بن الشيخ بهاء الدين محمد الشنشوري الفرضي الشافعي . المطبعة البهية بمصر سنة ١٣٠١ هـ .

٧٩ ــ شرح الرحبية ــ للشيخ رضي الدين أبي بكر بن أحمد ابن عبدالرحمن السبتي . وهو مطبوع على هامش فتح القريب المجيب .

٨٠ ــ متن المنهاج ــ لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بمصر .

٨١ ــ مغني المحتاج الى معاني ألفاظ المنهاج ــ شرح الشيخ محمد ابن أحمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ على متن المنهاج للنووي . وهو مطبوع مع متن المنهاج السالف الذكر .

٨٢ ــ الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ــ للشيخ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب الشافعي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة

١٣٥٩ هـ ٠ والاقناع شرح لمختصر العلامة أحمد بن الحسين الشهير بأبي شجاع المسمى بغاية الاختصار ٠

٨٣ ــ تحفة المحتاج بشرح المنهاج ــ للامام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي المتوفى سنة ٩٧٤ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بمصر ٠

٨٤ ــ كتاب المذمة في استعمال أهل الذمة ــ تأليف الشيخ الامام أبي امامة محمد بن علي بن النقاش ٠ وهو مصور مخطوط في دار الكتب المصرية تحت رقم ١٦٩٣ فقه شافعي ٠ وقد جاء في آخر الكتاب انه تم سنة ٨٥٨ هـ ٠

٨٥ ــ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين بن شهاب الدين أحمد الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، وهو شرح على المنهاج للنووي ٠ مطبعة بولاق بمصر ٠

جـ ــ فقـه الحنابلة

٨٦ ــ المغني ــ تأليف الامام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ٠ طبع ادارة المنار ، لأصحابها ورثة السيد محمد رشيد رضا ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧ هـ ٠ وهو شرح لمختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله الخرقي ٠

٨٧ ــ كشاف القناع عن متن الاقناع ــ للشيخ منصور بن ادريس الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ ٠ المطبعة الشرقية بمصر ٠ الطبعة الأولى سنة ١٣١٩ هـ ، ومتن الاقناع تأليف الشيخ شرف الدين أبي النجا المقدسي الحجاوي الصالحي الدمشقي ٠

٨٨ ــ شرح منتهى الارارات ، ويسمى أيضاً شرح المنتهى ــ للشيخ

منصور بن يونس البهوتي الحنبلي . وهو مطبوع على هامش كشاف القناع السالف ذكره . وكتاب منتهى الارادات للامام محمد تقي الدين الفتوحي الحنبلي .

٨٩ — المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل — تأليف الشيخ الامام مجد الدين أبي البركات المتوفى سننة ٦٥٢ هـ . مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٩ هـ — ١٩٥٠ م .

٩٠ — الأحكام السلطانية — تأليف القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الأولي سنة ١٣٥٦ هـ .

٩١ — كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات في فقه امام السنة أحمد بن حنبل ، تأليف العالم زين الدين عبدالرحمن ابن عبدالله البعلي الدمشقي المتوفى سنة ١١٩٢ هـ ، المطبعة السلفية . وكتاب أخصر المختصرات تأليف العلامة شمس الدين محمد بن بدر الدين البلباني الدمشقي المتوفى سنة ١٠٨٣ هـ .

د — فقــه المالكية

٩٢ — المدونة الكبرى — للامام مالك بن أنس ، برواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبدالرحمن بن القاسم ، مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ ، والمطبعة الخيرية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤ هـ .

٩٣ — المقدمات الممهدات — للامام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، المتوفى سنة ٥٢٠ هـ ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٥ .

٩٤ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — للامام القاضي أبي الوليد

محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ ، مطبعة أحمد كامل بدار الخلافة العلية سنة ١٣٣٣ هـ .

٩٥ — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، المطبعة الأزهرية بمصر سنة ١٣٤٥ هـ . والدسوقي هو شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ .

٩٦ — الشرح الكبير للدردير — مطبوع على حاشية الدسوقي السالف الذكر . والشرح الكبير هذا شرح على مختصر الامام الجليل أبي الضياء سيدي خليل المتوفى سنة ٧٧٦ هـ . والامام الدردير هو أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي المالكي الشهير بالدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ

٩٧ — بلغة السالك لأقرب المسالك لمذهب مالك ، تأليف العالم الشيخ أحمد الصاوي ، على الشرح الصغير للدردير ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٤٠ هـ .

٩٨ — شرح الخرشي — وهو شرح أبي عبدالله محمد الخرشي المتوفى سنة ١١٠١ هـ ، على المختصر الجليل للامام أبي الضياء سيدي خليل ، مطبعة بولاق بالقاهرة الطبعة الثانية سنة ١٣١٧ هـ .

٩٩ — حاشية علي العدوي على شرح الخرشي ، وهو مطبوع مع شرح الخرشي السالف الذكر .

١٠٠ — الشرح الصغير للدردير — وهذا شرح لمختصره المسمى بأقرب المسالك لمذهب مالك . وهو مطبوع على هامش بلغة السالك لأقرب المسالك السالف الذكر .

١٠١ — تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام — للامام

ابن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ، وهو مطبوع على هامش فتح العلي المالك للشيخ عليش بمطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة ١٣٥٥ هـ .

١٠٢ — شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك للامام سيدي محمد الزرقاني ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة ١٩٣٦ م . والزرقاني هو الامام محمد بن عبدالباقي بن يوسف الزرقاني .

١٠٣ — شرح عبدالباقي الزرقاني على مختصر الامام أبي الضياء سيدي خليل ، المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٠٧ هـ .

١٠٤ — مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل — تأليف أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن ، المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ ، مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ .

١٠٥ — التاج والاكليل لمختصر خليل — تأليف أبي عبدالله سيدي محمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ ، المطبوع على حاشية مواهب الجليل للحطاب .

١٠٦ — منح الجليل للشيخ محمد عليش ، وهو شرح على مختصر الامام سيدي خليل .

١٠٧ — القوانين الفقهية .. في تلخيص مذهب المالكية لابن جزي — مطبعة الأمنية بالرباط سنة ١٩٥٨ . وابن جزي هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي . توفي شهيداً في واقعة طريف سنة ٧٤٦ هـ وكان مولده سنة ٦٩٣ هـ .

١٠٨ — كتاب البهجة في شرح التحفة (تحفة الحكام) لأبي الحسن

علي بن عبدالسلام التسولي المالكي فرغ من تأليفه سنة ١٢٥٦ هـ ، مطبعة الشرق بمصر سنة ١٣٤٠ هـ . والتحفة تأليف القاضي أبي بكر محمد ابن محمد بن عاصم الأندلسي المتوفى سنة ٨٢٩ هـ .

١٠٩ — الفروق — للامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس ابن عبدالرحمن المشهور بالقرافي ، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية .

هـ — فقــه الشيعة الامامية

١١٠ — جواهر الكلام — للعلامة الشيخ محمد حسين النجفي ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، والمجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، طبع حجر في ايران .

١١١ — الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية — تأليف الشيخ زين الدين الجبعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني ، قتل سنة ٩٦٥ هـ طبع بإيران سنة ١٢٧٨ هـ . واللمعة الدمشقية تأليف محمد بن جمال الدين مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول قتل سنة ٧٨٦ هـ .

١١٢ — مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة — تأليف العلامة الفاضل محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي ، مطبعة الشورى بمصر سنة ١٣٢٦ هـ .

١١٣ — الخلاف — تأليف الشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠ هـ ، طبع بمطبعة الحكمة قرب قم بايران على نفقة شركة دار المعارف الاسلامية .

١١٤ — المختصر النافع في فقه الامامية ، للشيخ جعفر بن الحسن الحلي المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، المعروف بالمحقق أو المحقق الحلي ، مطبعة

وزارة المعارف بالقاهرة الطبعة الثانية سنة ١٣٧٨ هـ — ١٩٥٨ م .

١١٥ — سفينة النجاة — تأليف الشيخ أحمد آل كاشف الغطاء ، مطبعة الحيدرية بالنجف في العراق سنة ١٣٣٨ هـ .

و — فقه الظاهرية

١١٦ — الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية — تأليف الشيخ عبدالكريم رضا الحلي مطبعة حجازي بالقاهرة سنة ١٩٤٧ م .

١١٧ — المحلى — للامام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، طبع ادارة الطباعة المنيرية بالقاهرة سنة ١٣٥٠ هـ — ١٩٥٢ م .

ز — فقه الزيدية

١١٨ — الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير — تأليف القاضي شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيني اليمني الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١ هـ ، مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ .

١١٩ — تتمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير — ويسمى بالجزء الخامس للروض النضير . وهو تأليف السيد العباس بن أحمد ابن ابراهيم اليمني ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٩ هـ .

١٢٠ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار — تأليف الامام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ . طبع الجزءان الأول والثاني بمطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٩٤٧ — ١٩٤٨ م وطبعت بقية الأجزاء بمطبعة السنة المحمدية سنة ١٩٤٨ — ١٩٤٩ م .

١٢١ — شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار في فقه الأئمة الأطهار — للامام عبدالله بن أبي القاسم الشهير بابن مفتاح . وكتاب الأزهار من تأليف الامام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى ، وقد شرحه بكتاب سماه بالغيث المدرار ، ثم شرحه جماعة من العلماء بين مطول ومختصر ، وأعظم شروحه نفعاً هو هذا الشرح لابن مفتاح الذي انتزعه من الغيث المدرار « من مقدمة شرح الأزهار ج ١ ص ٥٥ » . والامام المهدي توفي سنة ٨٤٠ هـ . وابن مفتاح توفي سنة ٨٧٧ هـ .

ح — فقه الخوارج الاباضية

١٢٢ — شرح النيل وشفاء العليل — تأليف الشيخ محمد بن يوسف اطفيش ، المطبعة السلفية سنة ١٣٤٣ هـ . والمتن للامام ضياء الدين الشيخ عبدالعزيز بن ابراهيم الثميني الحفصي المتوفى سنة ١٢٢٣ هـ .

ط — الفقه العام

١٢٣ — اختلاف الفقهاء — للامام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، طبعة ليدن سنة ١٩٣٣ .

١٢٤ — كتاب الارشاد الى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد — لأمام الحرمين الجويني ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٩٥٠ م . والجويني هو الامام عبدالله بن يوسف الجويني .

١٢٥ — فتاوى ابن تيمية — للامام ابن تيمية ، مطبعة كردستان العلمية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ — ١٣٢٩ هـ . والامام ابن تيمية هو شيخ الاسلام تقي الدين أبو العباس أحمد الحراني المعروف بابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ .

١٢٦ ــ مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ــ تأليف الشيخ بدر الدين أبي عبدالله محمد بن علي الحنبلي المتوفى سنة ٧٧٧ هـ ، مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ . والمؤلف اختصر فتاوى ابن تيمية ورتبها على أبواب الفقه وسماها مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية .

١٢٧ ــ الاختيارات لابن تيمية ــ وهي اختيارات الامام ابن تيمية في مسائل الفقه المختلفة وقد طبعت مع المجلد الرابع من فتاويه .

١٢٨ ــ السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ــ مطابع دار الكشاف العربي بمصر ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ م .

١٢٩ ــ الصارم المسلول على شاتم الرسول ــ لابن تيمية . مطبعة دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد الدكن بالهند ، الطبعة الأولى .

١٣٠ ــ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ــ للعلامة شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ ، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

١٣١ ــ اغاثة اللهفان من مصائد الشيطان ــ للامام ابن قيم الجوزية ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

١٣٢ ــ نقد العلم والعلماء أو تلبيس ابليس ــ للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٠ هـ .

١٣٣ ــ الروضة الندية شرح الدرر البهية ــ للسيد صدّيق بن حسن بن علي الحسيني البخاري ، طبع ادارة الطباعة المنيرية بمصر . والدرر البهية تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني .

ي ــ الكتب الفقهية الحديثة

١٣٤ ــ إرشاد الأمة الى أحكام الحكم بين أهل الذمة ــ تأليف

الشيخ محمد بخيت المطيعي ، المطبعة الأدبية بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

١٣٥ — حقيقة الاسلام وأصول الحكم للشيخ المرحوم محمد بخيت المطيعي ، المطبعة السلفية سنة ١٣٤٤ هـ .

١٣٦ — قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف — تأليف محمد قدري باشا الطبعة الخامسة سنة ١٩٢٨ م .

١٣٧ — الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الامام أبي حنيفة — تأليف قدري باشا . المطبعة العثمانية . الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ .

١٣٨ — مباحث الوقف — تأليف محمد زيد الأبياني . الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٤ م .

١٣٩ — شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية — تأليف محمد زيد الأبياني ، مطبعة الشعب بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢١ هـ .

١٤٠ — المواريث علماً وعملاً — للمرحوم الشيخ أحمد ابراهيم ، طبعة ١٩٤٢ م بالقاهرة .

١٤١ — محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الاسلامية ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، مطبعة الرسالة بمصر سنة ١٩٥٨ م .

١٤٢ — النيابة عن الغير في التصرف ، مذكرات لطلبة قسم الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، مطابع دار الكتاب العربي سنة ١٩٥٤ — ١٩٥٥ م .

١٤٣ — الوقف — تأليف الشيخ عبدالجليل عبدالرحمن عشوب . مطبعة المعاهد الدينية بمصر . الطبعة الأولى سنة ١٩١٥ م .

١٤٤ — الفقه على المذاهب الأربعة (الجزء الرابع) — للشيخ

عبدالرحمن الجزيري ، مطبعة دار المأمون بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٣٨ .

١٤٥ — مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامي ، للشيخ محمد أحمد فرج السنهوري ، الجزء الثالث في قانون الوقف ، طبعة ١٩٤٩ م بالقاهرة .

١٤٦ — كفاية المتخصصين « قسم الأقضية والمرافعات وما يتصل بهما » للاستاذ الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري ، مطبعة الشرق سنة ١٩٣٤ م .

١٤٧ — مذكرة في دراسة الاجراءات والتمرينات القضائية والقضايا ذات المبادىء ، لطلبة السنة الثانية من قسم إجازة القضاء الشرعي ، للاستاذ الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري ، طبع القاهرة سنة ١٩٤٢ — ١٩٤٣ م .

١٤٨ — محاضرات في تاريخ الفقه الاسلامي على طلبة السنة الثانية بمعهد الشريعة الاسلامية بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٧ — ١٩٥٨ م ، الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري .

١٤٩ — الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (القسم العام) — للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، مطبعة مخيمر بالقاهرة .

١٥٠ — أبو حنيفة — للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، مطبعة دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية .

١٥١ — شرح قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م — للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ م .

١٥٢ — أحكام التركات والموارث ، للاستاذ الشيخ محمد أبو

زهرة ، مطبعة مخيمر بالقاهرة سنة ١٩٤٩ م .

١٥٣ ــ الأحوال الشخصية (قسم الزواج) ــ للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، مطبعة مخيمر بالقاهرة سنة ١٩٥٧ م .

١٥٤ ــ ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف ــ تأليف علي حيدر أفندي أمين دار الفتوى بالمشيخة الاسلامية الاسلامية في الدولة العثمانية (الاستانة) ، الجزء الأول ترجمة أكرم عبدالجبار ومحمد أحمد العمر ، مطبعة بغداد بالعراق ١٩٥٠ م .

١٥٥ ــ السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية ــ تأليف الشيخ المرحوم عبدالوهاب خلاف ، المطبعة السلفية سنة ١٣٥٠ هـ .

١٥٦ ــ التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ــ للمرحوم عبدالقادر عودة ، مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية ، الجزء الأول . الطبعة الأولى سنة ١٣٦٨ هـ .

١٥٧ ــ الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ــ للاستاذ الشيخ علي قراعة ، مطبعة النهضة بمصر ، الطبعة الثانية سنة ١٣٤٤ هـ .

١٥٨ ــ الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ــ للاستاذ محمد سلام مدكور ، مطبعة الفجالة الجديدة بمصر سنة ١٣٧٦ هـ .

١٥٩ ــ الزواج والفرقة وآثارهما للاستاذ محمد سلام مدكور ــ مطبعة مصر في الخرطوم ١٩٥٧ م .

١٦٠ ــ الفقه الاسلامي (المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود) ــ للاستاذ محمد سلام مدكور ، مطبعة الفجالة الجديدة بمصر .

١٦١ ــ تاريخ التشريع الاسلامي ــ للاستاذ محمد سلام مدكور ،

مطبعة لجنة البيان العربي ١٩٥٩ م ٠

١٦٢ ـ الوصايا في الفقـه الاسلامي ـ للاستاذ محمد سلام مدكور ، مطابع دار الكتاب العربي سنة ١٩٥٨ م ٠

١٦٣ ـ المقاصة في الفقه الاسلامي ـ للاستاذ محمد سلام مدكور ، الطبعة الأولى بمطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣٧٦ هـ ٠

١٦٤ ـ المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ، مطبعة الرسالة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٠ هـ ٠

١٦٥ ـ جمال الدين الأفغاني باعث النهضة الفكرية في الشرق ـ للاستاذ محمد سلام مدكور ، الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧ ٠

١٦٦ ـ المواريث في الشريعة الاسلامية ـ للشيخ حسنين محمد مخلوف ٠ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ م ٠ والناشر دار الكتاب العربي بمصر ٠

١٦٧ ـ المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية ـ تأليف أحمد أبو الفتح ٠ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ م بالقاهرة ٠

١٦٨ ـ المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البلاد العربية ـ تأليف الاستاذ مصطفى احمد الزرقا ٠ مطبعة الجامعة السورية ٠ الطبعة الثالثة سنة ١٣٧١ هـ ٠

١٦٩ ـ تعليل الأحكام ـ للاستاذ محمد مصطفى شلبي ، مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ م ٠

١٧٠ ـ أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي ـ للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر سنة ١٣٧٨ هـ ٠

١٧١ — النسب وآثاره — للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، المطبعة العالمية سنة ١٩٥٨ م

١٧٢ — النظريات السياسيةالاسلامية — للاستاذ محمد ضياء الدين الريس ، الطبعة الثانية بمطبعة الرسالة سنة ١٩٥٧ م ٠

١٧٣ — الخراج في الدولة الاسلامية — للاستاذ محمد ضياء الدين الريس ، الطبعة الأولى بمطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٧ م ٠

١٧٤ — الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية — تأليف الاستاذ محمد أحمد العمر ، مطبعة المعارف ببغداد ، الطبعة الأولى ٠

١٧٥ — التطبيقات الشرعية والصكوك — تأليف الاستاذ محمد أحمد العمر ، مطبعة بغداد بالعراق ٠

١٧٦ — المصلحة في التشريع الاسلامي ونجم الدين الطوفي — تأليف الاستاذ مصطفى زيد ، مطبعة لجنة البيان العربي ٠

١٧٧ — التعزير في الشريعة الاسلامية — للدكتور عبدالعزيز عامر ، الطبعة الثانية بمطابع دار الكتاب العربي بمصر سنة ١٩٥٦ م ٠

١٧٨ — التشريع الاسلامي لغير المسلمين — للشيخ عبدالله مصطفى المراغي ، المطبعة النموذجية بالحلمية الجديدة ٠

١٧٩ — فكرة الجنسية في التشريع الاسلامي المقارن — للاستاذ أحمد طه السنوسي ، مطابع شركة الاعلانات الشرقية بالقاهرة سنة ١٩٥٧ م ٠

١٨٠ — الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها — للدكتور صبحي محمصاني ، الطبعة الأولى ببيروت سنة ١٩٥٧ م ٠

رابعا ـ أصـول الفقـه

١٨١ ـ كشف الأسرار على أصـول الامام فخر الاسلام علي البزدوي ـ للامام عبدالعزيز البخاري ، طبع الاستانة سنة ١٣٠٧ هـ .

١٨٢ ـ أصول الامام البزدوي ـ وهو مطبوع على هامش كشف الأسرار السابق ذكره .

١٨٣ ـ شرح المنار ـ تأليف عز الدين عبداللطيف بن عبدالعزيز بن ملك على متن المنار في أصول الفقه للشيخ الامام أبي البركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة ٧١٠ هـ ، المطبعة العثمانية في الاستانة سنة ١٣١٥ هـ .

١٨٤ ـ الإحكام في أصول الأحكام للامام ابن حزم الظاهري ، مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ .

١٨٥ ـ ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ـ للامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ، طبع ادارة الطباعة المنيرية بمصر .

١٨٦ ـ شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني المتوفى سنة ٧٩٢ هـ ـ مطبعة صبيح . والتوضيح لمتن التنقيح للقاضي صدر الشريعة عبيدالله بن مسعود البخاري الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧ هـ .

١٨٧ ـ مباحث الحكم عند الأصوليين ـ للاستاذ محمد سلام مدكور ، مطبعة لجنة البيان العربي بالقاهرة .

١٨٨ ـ المدخل الى مذهب الامام أحمـد بن حنبل ـ للشيخ عبدالقادر بن أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران الدمشقي ، طبع

ادارة الطباعة المنيرية .

١٨٩ ــ الوسيط في أصول فقه الحنفية ــ تصنيف أحمد فهمي أبو سنّة ، مطبعة دار التأليف بمصر ــ الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤ هـ .

١٩٠ ــ الوجيز في أصول الفقه ــ تأليف عبدالكريم زيدان ، مطبعة دار النذير ببغداد سنة ١٣٨٠ هـ .

خامسا ــ كتب اللغــة

١٩١ ــ القاموس المحيط ــ لمجد الدين الفيروزآبادي ، مطبعة دار المأمون ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٥٧ هـ .

١٩٢ ــ النهاية في غريب الحديث والأثر ــ للشيخ مجد الدين آبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف باسم ابن الأثير ، المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣١٨ هـ .

١٩٣ ــ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ــ للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ، المطبعة الأميرية بالقاهرة ، الطبعة السابعة سنة ١٩٢٨ م .

١٩٤ ــ لسان العرب ــ للعلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري المتوفى سنة ٧١١ هـ ، طبع بيروت سنة ١٩٥٦ م .

١٩٥ ــ المنجــد ــ تأليف لويس معلوف اليسوعي ، المطبعــة الكاثوليكية في بيروت ، الطبعة التاسعة سنة ١٩٣٧ م .

سادسا ــ كتب التاريخ والطبقات

١٩٦ ــ تاريخ الطبري ــ وهو تاريخ الأمم والملوك لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، المطبعة الحسينية بالقاهرة ، الطبعة الأولى .

١٩٧ ــ تاريخ البلاذري ــ وهو فتوح البلدان للبلاذري ، لأبي بكر علي أحمد بن يحيى بن جابر بن داود البغدادي المتوفى سنة ٢٧٩ هـ ، طبع دار النشر للجامعيين ببيروت سنة ١٩٥٨ م .

١٩٨ ــ أخبار القضاة ــ للامام وكيع محمد بن خلف بن حيان المتوفى سنة ٣٠٦ هـ ، مطبعة الاستقامة بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦ هـ .

١٩٩ ــ مقدمة ابن خلدون ــ تأليف عبدالرحمن بن خلدون المغربي ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة .

١٩٩ (مكرر) ــ إمتاع الأسماع بما للرسول من الأبناء والأموال والحفدة والمتاع ــ تأليف تقي الدين أحمد بن علي ، المشهور بالمقريزي ، الجزء الأول ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة سنة ١٩٤١ م .

٢٠٠ ــ الكامل في التاريخ ــ لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد ابن عبدالكريم الشيباني المعروف باسم ابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ، طبع ادارة الطباعة المنيرية ، سنة ١٣٤٨ هـ .

٢٠١ ــ قصص الأنبياء ــ للشيخ عبدالوهاب النجار ، مطبعة مصر ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٧٥ هـ .

٢٠٢ ــ الصابئون في حاضرهم وماضيهم ــ تأليف عبدالرزاق الحسني ، مطبعة العرفان بلبنان الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ م .

٢٠٣ ــ الفهرست ــ لابن النديم ، محمد بن اسحق النديم ، المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ، مطبعة الاستقامة بالقاهرة .

٢٠٤ ــ طبقات الفقهاء ــ لأبي اسحق الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة بغداد بالعراق سنة ١٣٥٦ هـ .

٢٠٥ ــ طبقات الفقهاء ــ لطاش كبرى زاده ، مطبعة الزهراء الحديثة بالموصل في العراق سنة ١٩٦١ م .

٢٠٦ — الفوائد البهية في تراجم الحنفية — تأليف العلامة أبي الحسنات محمد بن عبدالحي اللكنوي الهندي ، مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤ هـ .

٢٠٧ — الجواهر المضية في طبقات الحنفية للشيخ محي الدين أبي محمد عبدالقادر بن أبي الوفاء محمد القرشي الحنفي المصري المتوفى سنة ٧٧٥ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة مجلس ادارة المعارف النظامية بحيدرآباد الدكن بالهند .

٢٠٨ — طبقات الشافعية — لأبي بكر بن هداية الله الحسيني الملقب بالمصنف ، المتوفى سنة ١٠١٤ هـ ، مطبعة بغداد بالعراق سنة ١٣٥٦ هـ .

٢٠٩ — طبقات الحنابلة — للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٧١ هـ .

٢١٠ — الذيل على طبقات الحنابلة — تأليف الفقيه زين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ ، مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٢ هـ .

سابعا — كتب الاحوال الشخصية لغير المسلمين

٢١١ — أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غـير المسلمين — للمستشار حلمي بطرس ، مطبعة نهضة مصر بالقاهرة .

٢١٢ — شرح الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين — تأليف تادرس ميخائيل تادرس ، المستشار بمحكمة الاستئناف بمصر ، مطبعة رويال بالاسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٥٦ م .

٢١٣ — شرح مبادىء الأحوال الشخصية للطوائف الملية — تأليف إهاب حسن اسماعيل ، طبع دار القاهرة للطباعة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .

٢١٤ ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين ـ تأليف م. حاي بن شمعون ، مطبعة روبين موسكوفيتش بمصر سنة ١٩١٩ م .

٢١٥ ـ الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب ـ للدكتور أحمد سلامة ، المطبعة العالمية سنة ١٩٦٠ م .

٢١٦ ـ الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين « في الشريعتين المسيحية والموسوية » ـ تأليف محمد محمود نمر وألفي بقطر حبشي ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م ، بمطابع دار النشر للجامعات المصرية .

ثامنا ـ الكتب القانونية والمالية

٢١٧ ـ المدخل للقانون الخاص ـ للدكتور عبدالمنعم البدراوي ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .

٢١٨ ـ أثر مضي المدة في الالتزام ـ للدكتور عبدالمنعم البدراوي ، مطبعة جامعة فؤاد الأول (جامعة اللقاهرة) سنة ١٩٥٠ م .

٢١٩ ـ القانون الدولي الخاص ـ للدكتور جابر جاد عبدالرحمن ، مطبعة شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة ببغداد ، الجزء الأول طبع سنة ١٩٤٩ م ، والجزء الثاني طبع بمطبعة الهلال ببغداد سنة ١٩٤٩م .

٢٢٠ ـ القانون الدولي الخاص المصري ـ تأليف الدكتور عز الدين عبدالله ، مطبعة الجامعة بالقاهرة ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٤ م . والجزء الثاني منه طبع مكتبة النهضة المصرية .

٢٢١ ـ مبادىء القانون الدولي الخاص ـ للدكتور محمد عبدالمنعم رياض ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٤٣ م .

٢٢٢ — القانون الدولي الخاص — الجزء الأول ، للدكتور أحمد مسلم ، طبع مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة سنة ١٩٥٦ م .

٢٢٣ — شرح القانون الأساسي العراقي — للدكتور مصطفى كامل، مطبعة السلام ببغداد سنة ١٩٤٧ — ١٩٤٨ م .

٢٢٤ — شرح قانون العقوبات العراقي (القسم العام) — للدكتور مصطفى كامل ، مطبعة المعارف ببغداد ، الطبعة الأولى سنة ١٩٤٩ م .

٢٢٥ — الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية — تأليف الدكتور رمزي سيف ، الطبعة الأولى في القاهرة .

٢٢٦ — أصول القانون — للدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري وحشمت أبي ستيت ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر في القاهرة سنة ١٩٣٨ م .

٢٢ — شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري (الجزء الأول) — تأليف الدكتور عبدالمنعم الشرقاوي ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ م بالقاهرة .

٢٢٨ — الدمقراطية الاسلاميه — للدكتور عثمان خليل ، مطبعة دار الجهاد سنة ١٩٥٨ م بالقاهرة .

٢٢٩ — القانون الدولي العام تأليف علي ماهر — مطبعة الاعتماد بالقاهرة سنة ١٣٤٢ هـ

٢٣٠ — شرح قانون العقوبات (القسم العام) تأليف الدكتور محمود محمود مصطفى ، مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٠ م .

٢٣١ ـ شرح قانون الاجراءات الجنائية تأليف الدكتور محمود محمود مصطفى ، مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٣ م .

٢٣٢ ـ القصاص في الشريعة الاسلامية وفي قانون العقوبات المصري ـ للدكتور أحمد ابراهيم ، طبع مكتبة نهضة الشرق سنة ١٩٤٤ م.

٢٣٣ ـ أحكام الاراضي والأموال غير المنقولة ـ للاستاذ شاكر ناصر ، مطبعة الاعتماد ببغداد سنة ١٩٤٧ م .

٢٣٤ ـ شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ـ للاستاذ منير القاضي ، مطبعة العاني ببغداد ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .

٢٣٥ ـ الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية الجزء الأول ـ للدكتور صلاح الدين الناهي ، مطبعة شركة الطباعة والنشر الأهلية سنة ١٩٦٢ م .

٢٣٦ ـ الوضع القانوني للأجانب في العراق ـ تأليف هادي رشيد الجاويشلي ، مطبعة المعارف ببغداد سنة ١٩٦١ م .

٢٣٧ ـ الأوضاع التشريعية في الدول العربية ، ماضيها وحاضرها ـ للدكتور المحامي صبحي محمصاني ، طبع دار العلم للملايين في بيروت ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .

٢٣٨ ـ علم المالية العامة ـ للدكتور عبدالحكيم الرفاعي ، مطبعة التفيض ببغداد سنة ١٩٤٥ م .

٢٣٩ ـ أصول علم المالية العامة ـ للدكتور محمد عبدالله العربي ، مطابع رمسيس بالاسكندرية ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٣ م .

٢٤٠ ـ موجز علم المالية ـ للدكتور سعدي بسيسو ، مطبعة

التنفيض بالعراق سنة ١٩٥٠ م .

٢٤١ ــ الموجز في الضرائب المصرية ــ تأليف الدكتور محمد العربي والدكتور حامد عبداللطيف ، طبع مكتبة النهضة المصرية .

٢٤٢ ــ الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري ــ للدكتور حسن صادق المرصفاوي ، طبع دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٥٤ م .

تاسعا ــ القوانين والمجلات

٢٤٣ ــ القانون المدني المصري « العربي » رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٢٤٤ ــ قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري « العربي » رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والقوانين المتعلقة به ــ جمع عبدالخالق عزت مدير الادارة القانونية بجامعة الاسكندرية . طبع دار المعارف بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ م .

٢٤٥ ــ مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ــ جمع الدكتور أحمد محمد ابراهيم ، الناشر الدار المصرية للطباعة والنشر بمصر .

٢٤٦ ــ قانون المواريث المصري « العربي » رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

٢٤٧ ــ قانون الوصية المصري « العربي » رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

٢٤٨ ــ قانون العقوبات المصري « العربي » رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته .

٢٤٩ ــ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢٥٠ ــ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

٢٥١ ــ قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ .

٢٥٢ ـ قانون العقوبات البغدادي « العراقي » الصادر سنة ١٩١٧ م ٠

٢٥٣ ـ قانون أصـــول المحاكمات الدينية للطوائف المسيحية والموسوية في العراق رقم ١٠ لسنة ١٩٥٠ م ٠

٢٥٤ ـ قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ م ٠

٢٥٥ ـ مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة الأولى ١٩٣١ م ٠

٢٥٦ ـ مجلة المحاماة الشرعية المصرية ، السنة الأولى وما بعدها ٠

٢٥٧ ـ مجلة « المسلمون » ، المجلد الثامن ، سنة ١٣٨١ هـ ٠

فهرست

الصـفحة

الصــفحة

المطلب الثاني

الحقوق العامة للمستامنين

الصـفحة

الصــفحة

الصـفحة

المطلب الاول

النكاح بينهم وبين المسلمين

الفرع الاول

زواج المسلم بذمية أو مستامنة

الفرع الثاني

زواج المسلمة بذمي أو مستامن

المطلب الثاني

انكحة الذميين والمستامنين فيما بينهم

الصفحة

الصـــفحة

الصفحة

الصـفحة

الصــفحة